

Filippo Martinelli

IL CONCORDATO PREVENTIVO CON RISERVA

INDICE

Capitolo 1

Primi passi verso il concordato preventivo con riserva.

- 1.1. La fase precedente alla L. n. 134/2012.
- 1.2. L'automatic stay americano e le sue influenze negli ordinamenti giuridici di Francia, Germania ed Italia (l. n. 134/2012).

Capitolo 2

Il concordato preventivo con riserva.

- 2.1. La fase iniziale del concordato preventivo con riserva.
- 2.2. La fase intermedia del concordato preventivo con riserva.
- 2.3. La fase finale del concordato preventivo con riserva.

Capitolo 3

Profili problematici del concordato preventivo con riserva.

- 3.1 L'abuso del diritto e la sua applicazione al concordato preventivo con riserva.
- 3.2 L'abuso dello strumento concordatario.

Conclusioni.

Bibliografia.

Capitolo 1.

Primi passi verso il concordato preventivo con riserva.

SOMMARIO: 1.1. La fase precedente alla L. n. 134/2012. 1.2. L'automatic stay americano e le sue influenze negli ordinamenti giuridici di Francia, Germania ed Italia (l. n. 134/2012).

1.1 La fase precedente alla L. n. 134/2012

Il diritto fallimentare va a coincidere con tutte quelle norme che regolano l'imprenditore commerciale, individuale o sociale, che si trova in quella particolare condizione di crisi che è l'insolvenza, cioè l'incapacità di adempiere con i normali mezzi, ai rapporti obbligatori di cui è parte¹.

Il 16 marzo 1942, viene emanato il R.D. n. 267, conosciuto, più semplicemente, come legge fallimentare.

Tale Decreto presentava diversi aspetti problematici, dovuti, soprattutto al fatto che il fallimento, all'epoca, era concepito come un illecito. Il primo aspetto controverso era rappresentato dal fatto che si privilegiasse al massimo la speditezza nell'apertura della procedura, con il tribunale che andava a decidere sulla domanda di fallimento in camera di consiglio e con rito sommario, senza dare luogo ad un ordinario giudizio di cognizione ed alle relative garanzie processuali e di contraddittorio, comportando una palese violazione degli articoli 24 e 111 della Costituzione. Contro il decreto emanato alla fine di questo rito camerale era poi possibile presentare opposizione, che comportava l'instaurazione di un processo a cognizione piena.

Secondo aspetto problematico di suddetta disciplina, era il fatto che, essendo considerato il fallimento come un illecito, le sanzioni a carico del fallito risultavano essere molto pesanti, soprattutto con riguardo agli effetti personali e penali:

- si andava a privilegiare la soppressione dell'impresa, dato che l'eventuale continuazione temporanea della stessa era prevista solamente quando fosse

¹ C. CECHELLA, "Il Diritto Fallimentare Riformato", ed. Sole 24 ore S.p.a. 2007, p.3.

stato possibile esercitare nel migliore dei modi l'attività liquidatoria;

- la limitazione dei diritti fondamentali: la restrizione del diritto di corrispondenza riguardava, non solamente la corrispondenza della persona giuridica soggetta a fallimento, ma anche quella personale dell'imprenditore persona fisica con la conseguenza che il curatore andava a prendere visione della corrispondenza privata e personale. Erano previsti poi la perdita dei diritti elettorali; l'impossibilità di svolgere determinate attività pubbliche e private; l'interdizione dai pubblici uffici, e, soprattutto, l'iscrizione dell'imprenditore nel registro dei falliti, ai sensi dell'art. 50 l. fall.², come marchio d'infamia, da cui si poteva essere cancellati solamente dopo almeno 5 anni di buona condotta.

Questa iniziale concezione del fallimento come illecito venne superata.

L'obiettivo unico diventava, adesso, il soddisfare nel modo più conveniente i creditori; la soppressione dell'impresa passava in secondo piano, in quanto il mutamento di pensiero faceva sì che si cercasse di favorire la continuazione dell'impresa, con la sua liquidazione che non risultava essere più l'obiettivo principale.

Il fallimento non è più visto come un illecito, ma come un beneficio.

Il primo intervento normativo degno di nota fu la L. 14 Maggio 2005, n. 80, che intervenne nell'ambito del concordato preventivo, e della revocatoria fallimentare³.

Per quanto concerne il primo ambito, suddetta legge modificò il presupposto oggettivo del concordato preventivo, prevedendo che non fosse più solo lo stato d'insolvenza, ma bensì, più in generale lo stato di crisi economica

² Art. 50 l. fallim.: *"Nella cancelleria di ciascun tribunale è tenuto un pubblico registro nel quale sono iscritti i nomi di coloro che sono dichiarati falliti dallo stesso tribunale, nonché di quelli dichiarati altrove, se il luogo di nascita del fallito si trova sotto la giurisdizione del tribunale. Le iscrizioni dei nomi dei falliti sono cancellate dal registro in seguito a sentenza del tribunale. Finché l'iscrizione non è cancellata, il fallito è soggetto alle incapacità stabilite dalla legge. Le norme per la tenuta del registro saranno emanate con decreto del ministro per la grazia e giustizia. Fino all'istituzione del registro dei falliti le iscrizioni previste dal presente articolo sono eseguite nell'albo dei falliti attualmente esistente. "*

Questo articolo fu abrogato dall'art. 47 del D. Lgs. 9 Gennaio 2006 n. 5.

³ C. CECHELLA op. cit. p. 11

dell'imprenditore, intesa come difficoltà temporanea e reversibile che non consente all'imprenditore di soddisfare regolarmente i creditori⁴.

Per quanto riguarda invece la revocatoria fallimentare, questa ha come scopo quello di garantire, una volta accertata l'insolvenza dell'imprenditore, la par condicio creditorum, per cui essa va a distribuire su tutto il ceto creditorio le conseguenze dell'insolvenza, non potendo tollerare che alcuni creditori possano avvantaggiarsi rispetto ad altri⁵.

Tale istituto fu modificato da suddetta legge prevedendo il dimezzamento del periodo sospetto da due anni ad un anno, e da un anno a sei mesi, nonché la revisione del sistema delle esenzioni⁶.

Molto più incisivo fu invece l'intervento del D.Lgs 9 Gennaio 2006 n. 5.

Innanzitutto andò ad affermare che l'imprenditore avesse diritto al fallimento, perché questo portava ad una serie di vantaggi fondamentali:

- l'esdebitazione, ovvero la possibilità per l'imprenditore persona fisica, in particolari condizioni⁷, di godere del fatto che i suoi creditori, una volta chiusa la

⁴ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3, Contratti, Titoli di Credito, Procedure Concorsuali. 4° edizione.", ed. UTET, p. 413.

⁵ C. CECHELLA op. cit. p. 220.

⁶ N. SANTI DI PAOLA "La Revocatoria Ordinaria e Fallimentare nel Decreto sulla Competitività", p. 11.

⁷ Così come riportato da M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. pag. 395: "a) (Imprenditori) che ne siano meritevoli per aver svolto in modo corretto la propria attività ed aver mostrato buona condotta ed atteggiamento collaborativo durante la procedura fallimentare; b) (imprenditori) il cui fallimento abbia consentito il soddisfacimento almeno parziale dei creditori concorsuali.

Quanto ai requisiti di meritevolezza (art.142, 1°c) è ammesso al beneficio dell'esdebitazione solo l'imprenditore che: 1) ha cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile ed adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni...;

2) nei dieci anni precedenti non ha beneficiato di altra esdebitazione;

3) non ha distratto l'attivo, o esposto debiti inesistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito...;

4) non è stato condannato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio, ed altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa."

procedura fallimentare, non potranno più aggredire il suo patrimonio con azioni, al fine di ottenere il soddisfacimento della parte residua. Precedentemente alla riforma, questo beneficio era riconosciuto solamente nell'ambito delle procedure volontarie;

- una limitazione delle libertà soltanto se funzionale (ad esempio adesso la limitazione della corrispondenza riguarda solamente quella propria della persona giuridica, e non anche quella della persona fisica; o ancora si prevede la soppressione delle incapacità politiche che invece, precedentemente, andavano a colpire il fallito)
- la possibilità di conservare in maniera unitaria il patrimonio.

Si concedeva inoltre all'imprenditore la possibilità di beneficiare delle soluzioni privatistiche del fallimento: il piano di risanamento, ex art. 67 l. fallim., il quale consente al debitore di dare luogo ad atti non soggetti ad azione revocatoria, e che conservano i loro effetti anche dopo un'eventuale dichiarazione di fallimento; gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ex art. 182 bis l. fallim., che sono forme di concordato che godono del rito abbreviato; due tipi diversi di concordato, e cioè quello preventivo (ovvero stipulato precedentemente rispetto alla dichiarazione di fallimento) e quello fallimentare (ovvero stipulato successivamente rispetto alla dichiarazione di fallimento) che sono caratterizzati da una notevole libertà oggettiva e soggettiva degli accordi, con il tribunale che andrà ad effettuare sugli stessi un controllo giudiziale alquanto limitato.

Altra novità fondamentale fu la soppressione del potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, in ossequio al principio di terzietà ed imparzialità del giudice⁸, attribuendo, contemporaneamente, al pubblico ministero il potere-dovere di chiedere il fallimento *"quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente da un giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile"*, così come stabilito dall'art. 7, n. 2 l.fallim.

Il D.Lgs. n. 5/2006, andava poi ad ignorare, dal punto di vista procedurale, i

⁸ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p.339.

problemi che avevano riguardato il precedente periodo storico, ed attuava una vera e propria rivoluzione, che porterà all'abbandono del modello bifasico che aveva caratterizzato fino a quel momento il diritto fallimentare. Tale intervento andò a ricondurre il precedente processo sommario seguito, su impulso di parte, da un processo a cognizione piena di rito ordinario, nell'ambito del rito camerale, un rito che, ricordiamo, era nato per un'attività del giudice che non era quella giurisdizionale (ovvero destinata a dirimere le controversie sui diritti), ma, bensì, quella amministrativa, con una disciplina molto scarna ed abbandonata alla discrezionalità del giudice.

Tale rito era inoltre caratterizzato dall'autosufficienza, che di conseguenza rendeva impossibile la concorrenza di altri riti, sia sommari che a cognizione piena⁹.

Se andiamo però ad analizzare più a fondo tale rito, si nota come non vi sia stata una riproposizione del rito camerale, ma, piuttosto, l'introduzione di un vero e proprio rito speciale a cognizione piena; un rito camerale dalle forme ibride, che viene ad essere applicato nel processo per la dichiarazione di fallimento, per il processo di accertamento dei crediti e dei diritti reali, e per il reclamo contro gli atti degli organi giurisdizionali.

Altro ambito d'intervento del D.Lgs. n. 5/2006 furono i presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento. La vecchia disciplina non escludeva dal fallimento le insolvenze di modesta entità¹⁰, ma nella prassi i tribunali andavano ad evitare la dichiarazione di fallimento quando gli inadempimenti complessivi risultassero di scarso valore. Tale consuetudine venne ad essere recepita nella riforma in discorso, che andò a stabilire che il fallimento dell'imprenditore potesse essere dichiarato solamente quando si verificasse almeno una delle seguenti condizioni:

- che l'imprenditore, nei 3 esercizi precedenti, avesse effettuato *investimenti* superiori a *trecentomila* euro
- che l'imprenditore, nei 3 esercizi precedenti, avesse ottenuto un *ricavo lordo*

⁹ C. CECHELLA op. cit. p.65.

¹⁰ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit., p.336.

superiore ai *duecentomila* euro.

Il problema fu che l'intervento del D. Lgs risultava essere comunque sia piuttosto superficiale, in quanto non andava a rispondere a tutta una serie di interrogativi che vennero a crearsi a seguito dello stesso. A chi spettava dimostrare il superamento del limite? In quale momento bisognava essere sotto i trecentomila euro per evitare il fallimento? Nei tre anni precedenti al momento dell'investimento? Il capitale rilevante era solo quello fisso o anche quello circolante? Costituiva capitale dell'impresa solo il patrimonio dell'imprenditore oppure anche il capitale di terzi soggetti, usato dall'imprenditore? Tutto ciò, inoltre andava ad influire sulla disciplina relativa al fallimento del piccolo imprenditore, che causava una notevole ambiguità: i motivi di tale ambiguità erano dovuti al fatto che la modifica attuata dal suddetto D.Lgs. nei confronti delle soglie dell'art.1, 2° c. l. fallim. risultava essere confusionaria comportando, nella pratica, una situazione di notevole incertezza ed un eccessivo ampliamento delle categorie degli imprenditori non fallibili¹¹. Si prevedeva infatti che non fosse sottoponibile al fallimento, quel soggetto che non rientrasse nell'art. 2083 c.c.¹², ma al contempo non avesse superato nessuno dei due valori sopra riportati (investimenti fino a trecentomila euro, e ricavi lordi fino a duecentomila euro).

Con la riforma del 2007, si andrà a modificare nuovamente l'art. 1° l. fallim. abbandonando la nozione di piccolo imprenditore, e prevedendo semplicemente una categoria di imprenditori commerciali esclusi dal regime concorsuale¹³. Infine con il D. Lgs. n. 5/2006 si sopprime la c.d. *presunzione muciana*, che si

¹¹ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 1, Diritto dell'impresa. 6° edizione.", ed. UTET, cit. p. 63.

¹² Art. 2083 c.c.: "*Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio o dei componenti della famiglia.*"

¹³ C. CECHELLA, op. cit. p. 21.

ritrovava nel vecchio art. 70 l. fallim.¹⁴, ovvero la regola per cui i beni acquistati a titolo oneroso dal coniuge del fallito nei 5 anni anteriori alla dichiarazione di fallimento si presumevano acquistati con denaro del fallito¹⁵, per cui il curatore poteva sottoporli all'esecuzione fallimentare.

Venne inoltre eliminata anche quella procedura concorsuale conosciuta come amministrazione controllata. Questa procedura concorsuale era ricorribile da parte dell'imprenditore che presentasse quei requisiti di meritevolezza che erano in passato richiesti per il concordato preventivo¹⁶, quando si trovava in una situazione di temporanea difficoltà, e vi fossero comprovate possibilità di risanare l'impresa. La maggioranza qualificata dei creditori poteva così concedere all'imprenditore una moratoria nei pagamenti per massimo due anni, e la continuazione dell'attività, durante tale periodo, sotto il controllo dell'autorità giudiziale in modo tale da consentire all'imprenditore un ritorno in bonis e il successivo soddisfacimento integrale dei creditori. Tale procedura, tuttavia, andava nella prassi a risolversi in un semplice differimento della dichiarazione di fallimento¹⁷.

Dopo aver analizzato tale riforma, possiamo affermare che è grazie all'attività del D. Lgs. n. 5/2006 che si va a dare concretezza a quell'idea che vede il fallimento come un'applicazione di regole speciali all'imprenditore che risulta essere in

¹⁴ Il testo previgente era il seguente: *"I beni, che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono di fronte ai creditori, acquistati con danaro del fallito e si considerano di proprietà di lui. Il curatore è legittimato ad apprenderne il possesso. Se i beni stessi furono nel frattempo alienati o ipotecati, la revocazione a danno del terzo non può aver luogo se questi prova la sua buona fede."*

¹⁵ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p.374

¹⁶ Così M. CAMPOBASSO, "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 415: *"In passato poteva essere ammesso alla procedura di concordato preventivo solo l'imprenditore che: 1) dall'inizio dell'impresa, o da almeno un biennio era iscritto nel registro delle imprese ed aveva tenuto regolare contabilità; 2) nei cinque anni precedenti non era stato dichiarato fallito o ammesso ad altra procedura di concordato preventivo; 3) non era stato condannato per bancarotta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria, o il commercio."*

¹⁷ M. CAMPOBASSO, "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 330.

stato di crisi o d'insolvenza.

Si è trattato, comunque, di un intervento che ha necessitato di correzioni.

Il D. Lgs 12 settembre 2007 n. 169 è intervenuto con l'intento di colmare le lacune che erano rimaste a seguito della precedente riforma del 2006. La prima modifica riguarda l'art. 1 l. fallim. che adesso non dà più una nozione di "piccolo imprenditore", ma semplicemente individua alcuni parametri dimensionali dell'impresa, al di sotto dei quali l'imprenditore non fallisce. In base all'attuale disciplina, ecco che non fallirà quell'imprenditore che dimostri, congiuntamente, di possedere i seguenti requisiti¹⁸:

- a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento (o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore), un *attivo patrimoniale*, di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro *trecentomila*;
- b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento (o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore), *ricavi lordi* per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro *duecentomila*;
- c) avere un ammontare di *debiti*, anche non scaduti non superiore ad euro *cinquecentomila*.

A tali requisiti si aggiunge l'art. 15, ultimo c. l. fallim. che prevede l'esclusione del fallimento, qualora l'ammontare dei *debiti scaduti e non pagati*, sia inferiore ad euro *trentamila* (precedentemente alla riforma, si prevedeva un limite di euro venticinquemila). Si tratta di un quarto criterio, introdotto per dare alla domanda di fallimento una certa serietà, al fine di non utilizzarlo come un mezzo per la riscossione di crediti di infimo valore. Viene visto come un presupposto processuale, per cui sarà l'attore a dover dimostrare la presenza del requisito¹⁹.

¹⁸ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 337.

¹⁹ Così il Professor CLAUDIO CECHELLA.

La riforma va poi ad intervenire nell'ambito dei patrimoni destinati²⁰,
chiarendone alcuni aspetti relativamente agli art. 155, 156 l. fallim.

All'art. 155 si va ad esentare dalla fallibilità il patrimonio separato, in quanto il curatore dovrà rispettare le finalità del patrimonio destinato (e farle rispettare ai terzi) e gestirlo in maniera separata²¹; all'art. 156 invece si afferma che qualora il patrimonio separato dovesse risultare incapiente, il curatore provvederà alla sua cessione, la quale avverrà con le regole della liquidazione ordinaria, e non con quelle del concorso.

Concentrando adesso la nostra attenzione solamente sulle procedure riguardanti il fallimento, alla luce del D. Lgs. n. 169/2007 queste le possiamo distinguere in 2 gruppi:

- 1) Procedure concorsuali o giudiziarie (dette anche ex lege): sono quelle nelle quali si prevede in ogni caso l'intervento di un tribunale;
- 2) Procedure volontarie, (o accordi stragiudiziali): non vengono stipulati nell'ambito di una procedura giudiziale; il tribunale interviene solo successivamente alla stipulazione con una funzione di controllo²².

1) Procedure concorsuali, dobbiamo affermare come fino al D. Lgs. n. 134/2012 (c.d. "Decreto Sviluppo") le procedure concorsuali vigenti nell'ordinamento italiano fossero cinque: tre previste dal R.D. n. 267/1942, ovvero fallimento, concordato preventivo e liquidazione coatta amministrativa, una quarta procedura, detta amministrazione straordinaria, introdotta con la l. 3 Aprile 1979

²⁰ Ai sensi dell'articolo 2447 bis: *"La società può:*

a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;

b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi."

²¹ Ai sensi dell'articolo 155 l. fallim.: *"Se è dichiarato fallimento della società, l'amministrazione del patrimonio destinato previsto dall'articolo 2447 bis, primo comma, lettera a), del codice civile è attribuita al curatore che vi provvede con gestione separata."*

²² M. CAMPOBASSO, "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 425.

n. 95, ed infine l'amministrazione straordinaria accelerata, per le imprese di maggiori dimensioni, introdotta con D.L. 23 Dicembre 2003 n. 347.

Questa varietà di procedure è dovuta al fatto che le cause della crisi dell'impresa, la gravità della stessa, e le conseguenti possibilità di superamento possono essere diverse, per cui si viene a creare questa necessità di predisporre modelli articolati di composizione del dissesto dell'imprenditore commerciale e la conseguente differenziazione delle procedure concorsuali²³.

- Al fallimento sono soggetti gli imprenditori commerciali insolventi, a meno che ricorrano gli specifici presupposti soggettivi e/o oggettivi stabiliti per le altre procedure concorsuali. Esso mira a liquidare il patrimonio dell'imprenditore insolvente e a ripartirne il ricavato fra i creditori, secondo i principi della par condicio creditorum.

Può concludersi anche con quel particolare istituto definito concordato fallimentare, il quale consente all'imprenditore di chiudere definitivamente i rapporti pregressi, attraverso il pagamento parziale dei creditori, o altra forma di ristrutturazione dei debiti, ottenendo nel contempo la liberazione dei beni soggetti alla procedura fallimentare²⁴. Questo tipo di chiusura del fallimento è agevolata, in quanto risulta essere obbligatorio per tutti i creditori, qualora tale concordato sia stato approvato dalla maggioranza degli stessi; inoltre, ai sensi dell'art. 124 l. fallim., la sua proposizione può pervenire sia dall'imprenditore (purchè sia trascorso almeno un anno dalla dichiarazione di fallimento, e non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo) che da un qualunque terzo o creditore.

- Il precedente concordato preventivo, invece, presupponeva l'insolvenza dell'imprenditore ma consentiva a questi di evitare il fallimento quando

²³ M. CAMPOBASSO, "Diritto Commerciale 3", op. cit. p.329.

²⁴ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 329.

presentasse specifici requisiti di meritevolezza²⁵, e fosse in grado di garantire ai creditori il pagamento di almeno il 40 per cento di quanto loro dovuto. A tal fine era necessario il consenso della maggioranza qualificata dei creditori.

Era un istituto formatosi sulla visione del fallimento come illecito, e quindi non in grado di consentire la conservazione e la continuazione dell'impresa, ma, anzi, andava a manifestarsi come una forma particolare di liquidazione dell'intero patrimonio.

A seguito della riforma del D.L. 14 Marzo 2005 n. 35 si prevedono, come presupposti dell'istituto, sia lo stato di crisi²⁶, che lo stato d'insolvenza, con eliminazione dei precedenti requisiti di meritevolezza. Se la crisi è temporanea e reversibile, esso mira a superare tale situazione attraverso il risanamento economico e finanziario dell'impresa; se invece la crisi è definitiva ed irreversibile, esso può essere attuato prima che sia dichiarato il fallimento, al fine di evitare lo stesso.

E' un concordato giudiziale e di massa, in quanto, sotto il primo profilo, per il suo perfezionamento è necessaria non solo la maggioranza qualificata dei creditori, ma anche l'omologazione da parte del Tribunale; mentre sotto il secondo profilo, esso, una volta approvato, è produttivo di effetti nei confronti di tutti i creditori. Nel concordato, il principio cardine della par condicio creditorum perde la sua sacralità in quanto l'imprenditore può suddividere in classi omogenee (su cui vi sarà poi un controllo del Tribunale) i creditori, distinguendo i vari trattamenti, e, al fine di evitare che i creditori privilegiati ostacolassero il concordato come accaduto in passato, si è stabilito che, in caso di pagamento parziale dei creditori privilegiati, la proposta di concordato deve dare loro il massimo vantaggio rispetto ad un'eventuale liquidazione fallimentare.

Per agevolare l'erogazione di nuovi finanziamenti, si prevede anche che gli atti compiuti in esecuzione del concordato preventivo non siano soggetti a

²⁵ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 330.

²⁶ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 413 *"Difficoltà temporanea e reversibile che non consente all'imprenditore di soddisfare regolarmente i creditori."*

revocatoria²⁷

- La liquidazione coatta amministrativa è una procedura che trova applicazione, a seguito del loro fallimento, nei confronti di determinate categorie d'impresa, che svolgono attività di particolare rilievo economico e sociale (come imprese bancarie ed assicurative), e che quindi sono sottoposte a vigilanza governativa. Porta all'eliminazione dell'impresa dal mercato ed alla disgregazione del complesso produttivo, assicurando contemporaneamente il soddisfacimento paritario dei creditori, ma, a differenza del fallimento, è una procedura amministrativa (e non giudiziaria) e può essere disposta dall'autorità di vigilanza anche per cause diverse dall'insolvenza, come, ad esempio, le gravi irregolarità di gestione²⁸.

- Per quanto concerne l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, l'idea ispiratrice di tale istituto era quella di conciliare il soddisfacimento dei creditori dell'imprenditore insolvente con il salvataggio del complesso produttivo e la conservazione dei posti di lavoro. Il problema è che tale istituto non ha dato buoni risultati, in quanto andava quasi sempre a risolversi nel mantenimento in vita, a spese della collettività, di organismi produttivi privi di qualsiasi prospettiva di ripresa. Per questi motivi si è intervenuti in materia con il D. Lgs. 8 Luglio 1999 n. 270, col quale si è creata una procedura concorsuale mista (giudiziaria ed amministrativa), articolata in due fasi: la prima si apre con la dichiarazione dello stato d'insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria, che solo in un secondo momento ammette l'imprenditore all'amministrazione straordinaria vera e propria, dopo aver accertato che ricorrono concrete prospettive di riequilibrio economico

²⁷ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 330.

²⁸ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 331.

dell'impresa; altrimenti dichiarerà il fallimento²⁹.

- Per quanto, infine, riguarda l'amministrazione straordinaria accelerata, essa è stata concepita a seguito dell'emergenza scaturita dall'insolvenza del gruppo Parmalat.

Col D.L. 23 Dicembre 2007 n. 347 si sono introdotte regole speciali che prevedono l'immediata ammissione dell'impresa all'amministrazione straordinaria, da parte del Ministero dello sviluppo economico, su semplice richiesta della stessa, finalizzata a realizzare un piano di risanamento. Solo dopo l'apertura della procedura interviene l'autorità giudiziaria per verificare la condizione di insolvenza del debitore³⁰.

2) Per quanto concerne invece le procedure volontarie o accordi stragiudiziali, questi si distinguono attualmente in piani di risanamento ed accordi di ristrutturazione dei debiti.

- Piani di risanamento: questi sono disciplinati dall'art. 63, 7° c lett. d l. fallim., e vanno ad esentare dalla revocatoria, in caso di successivo fallimento, gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione degli stessi piani, senza però la necessità di un preventivo accordo dei creditori, senza essere pubblicati anticipatamente nel registro delle imprese, e senza essere sottoposti al previo controllo omologatorio del tribunale. L'unica necessità è che un esperto ne attesti la ragionevolezza³¹. A seguito della novella del 2007 si è però intervenuti nuovamente sull'art.63, 7° c. lett. d, prevedendo la necessità che tale piano sia predisposto da un professionista idoneo ad assumere la qualifica di curatore ai sensi dell'art. 28 lett. a, b l. fallim..

Si tratta quindi di atti unilaterali eseguiti dell'imprenditore con l'assistenza di un

²⁹ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 333.

³⁰ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 333.

³¹ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p.426.

esperto, che comunque sia, consentono sempre ai creditori dissenzienti la possibilità di percorrere ad una soluzione concordataria della crisi, antagonista del piano di risanamento³².

- Accordi di ristrutturazione dei debiti: questi sono disciplinati dall'art. 182 bis l. fallim.³³, e la loro introduzione la si deve alla l. n. 80/2005, con successiva modifica dovuta alla novella del 2007.

Consistono in accordi stipulati fra l'imprenditore in stato di crisi ed una maggioranza qualificata (almeno il 60 per cento³⁴) di creditori, i quali, una volta pubblicati nel registro delle imprese ed ottenuta l'omologazione del tribunale, consentono di porre gli atti compiuti in esecuzione degli stessi, al riparo dall'azione revocatoria fallimentare, qualora la crisi non sia superata e sopraggiunga il fallimento³⁵.

Dato che manca un coordinamento con l'art.1 l. fallim. (che invece fa riferimento al solo concordato preventivo), si ritiene che possa essere legittimato all'accordo anche quell'imprenditore che sia escluso dal fallimento, ai sensi dello stesso art. 1 l. fallim.

Questi accordi, ovviamente, non costituiscono concordato giudiziale in quanto non sono stipulati nell'ambito di una procedura giudiziale (il tribunale svolge solo funzione di controllo), e non costituiscono neanche concordato di massa, in

³² C. CECHELLA, op. cit. p. 274.

³³ Art.182 bis, 1°c l. fallim.: *"L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:*
a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti in quella data;
b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti dalla data di omologazione."

³⁴ C. CECHELLA, op. cit. p. 275.

³⁵ M. CAMPOBASSO "Diritto Commerciale 3", op. cit. p. 425.

quanto vincolano solo i creditori che vi aderiscono, mentre i dissenzienti devono essere soddisfatti regolarmente per l'intero (a seguito della riforma del 2012 si è però trasformato il "diritto al regolare pagamento" in "diritto all'integrale pagamento"), con conservazione di tutte le azioni giurisdizionali di tutela.

1.2 *L'automatic stay americano e le sue influenze negli ordinamenti di Francia, Germania ed Italia (l. n. 134/2012)*

Il cambiamento della concezione del fallimento, non poteva non avere conseguenze anche nell'ambito delle finalità dello stesso. Il legislatore, in conformità con il nuovo pensiero, andò quindi ad abbandonare quella finalità liquidatoria che aveva caratterizzato per tutto il periodo antecedente le varie riforme questa particolare branca del diritto, abbracciando, come scopo principale del fallimento, la salvaguardia e la conservazione dell'attività dell'impresa e dei valori aziendali.

Questo mutamento di pensiero trova la sua massima concretizzazione nel D.Lgs. n. 134/2012 (il c.d. Decreto Sviluppo), il quale andava a portare, nell'ordinamento italiano, modifiche ai precedenti istituti e la creazione di nuovi, che rispondessero alle nuove esigenze.

Si andavano a prevedere nuovi istituti, quali il concordato con continuità aziendale, ex art. 186 bis l. fallim.³⁶, dove si dà all'imprenditore la possibilità alternativa di proseguire l'attività d'impresa, cedere l'azienda in esercizio, oppure di conferire l'azienda in esercizio in una o più società, nel caso in cui sia stato presentato un piano di concordato ex art. 161, 2°c., lett. e)³⁷.

Si prevedevano anche nuovi principi che superassero la concezione liquidatoria,

³⁶ Art. 186 bis, primo comma l. fallim.: *"Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa."*

³⁷ Art. 161, 2°c. lett. e): *"Il debitore deve presentare con il ricorso un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta."*

tipica fino allora, delle procedure concorsuali, andando così ad accogliere la nuova prospettiva di ristrutturazione, come ad esempio la possibilità di riparto dei crediti anche in violazione dei principi della *par condicio creditorum*, oppure la facoltà per il debitore di contrarre nuovi debiti se finalizzati alla continuazione dell'attività imprenditoriale³⁸.

L'elemento che però ha sicuramente caratterizzato maggiormente il D.Lgs n. 134/2012 è stato l'introduzione dell'istituto del concordato preventivo con riserva.

Tale tipo di concordato è stato concepito prendendo grande ispirazione da un caratteristico istituto del diritto fallimentare americano, previsto al *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, ovvero il c.d. *automatic stay*. In particolare, e molto sinteticamente, la *Bankruptcy Court*, qualora dovesse accogliere una domanda di riorganizzazione, la quale può provenire da creditori che vantino un credito di almeno 5.000 dollari (*involuntary case*) o dalla società stessa (*voluntary case*)³⁹, emana un *order of relief* (letteralmente ammissione all'assistenza), che, nel determinare l'avvio della procedura, sospende tutte le azioni poste in essere dai creditori (da qui il nome *automatic stay*), in attesa che, entro i successivi centoventi giorni, il debitore predisponga il piano⁴⁰.

Ecco che quindi il debitore godrà di un termine che gli consentirà di comprendere al meglio se la sua impresa sia destinata ad una liquidazione, oppure ad un risanamento, di modo tale che potrà così predisporre un piano che cercherà di soddisfare al meglio i propri creditori.

Tale procedura comincia col deposito di una *petition* (richiesta) da parte del debitore, nella quale egli dichiara di essere in uno stato di tensione finanziaria

³⁸ M. ARATO "Il Concordato Preventivo con Riserva", cit. p. 7.

³⁹ v. per un accurato approfondimento: G. MASSIMEI, http://www.assorisparmiatori.it/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=39.

⁴⁰ L. BALESTRA "Gli Obblighi Informativi di cui al Comma 8 Dell'Art.161 l. fallim.", in *Il Fallimento* 2013, 9, 913.

(all'imprenditore basta dimostrare di avere debiti⁴¹) e di voler avviare una ristrutturazione del proprio indebitamento, oppure anche da parte dei creditori, che dimostrino, generalmente, che il debitore non paga i propri debiti alla data di scadenza, oppure nel caso in cui il patrimonio dell'imprenditore sia stato sottoposto, in tutto o in parte, a sequestro giudiziario nei centoventi giorni precedenti⁴².

Qualsiasi imprenditore è legittimato a presentare la domanda, eccezion fatta per alcune imprese, quali banche, società di assicurazioni ecc..

Come già precedentemente affermato, però, egli non necessita ne di dimostrare di trovarsi in una situazione di insolvenza, ne di provare che tale insolvenza sia iniziata da un determinato periodo di tempo.

Dopo il deposito della *petition*, il debitore, generalmente, continua a gestire l'impresa, col tribunale che comunque si riserva la facoltà di nominare un *trustee* (letteralmente amministratore fiduciario) o altri esperti che supervisionino l'attività del debitore e relazionino le attività di quest'ultimo al tribunale.

Si prevede inoltre la costituzione obbligatoria di un apposito comitato dei creditori chirografari (di solito sono i soggetti che detengono i sette maggiori crediti non garantiti⁴³) che si consulta con il debitore, indaga sul comportamento dello stesso e partecipa alla formulazione del piano⁴⁴, e la facoltà in capo al tribunale competente e all'*United States Trustee* di nominare altri specifici comitati dei creditori che potranno valutare la proposta di ristrutturazione del piano.

A seguito del deposito della *petition* si produce l'effetto dell'*automatic stay* (da

⁴¹ v. per un accurato approfondimento: G. MASSIMEI, http://www.assorisparmiatori.it/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=39.

⁴² v. per un accurato approfondimento: G. MASSIMEI, http://www.assorisparmiatori.it/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=39.

⁴³ v. per un accurato approfondimento U.S. COURT, ["http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx"](http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx).

⁴⁴ v. per un accurato approfondimento U.S. COURT, ["http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx"](http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx).

cui prende nome l'istituto), ovvero una protezione pressoché assoluta per il debitore da qualsiasi azione esecutiva posta in essere nei suoi confronti da parte dei creditori.

Durante tale fase, il debitore avrà la possibilità di compiere determinati atti solamente a seguito del rilascio, da parte del tribunale competente, di un'apposita autorizzazione. Questa autorizzazione potrà riguardare il pagamento dei dipendenti, la prosecuzione dei programmi per i consumatori, il pagamento dei fornitori strategici, e l'assunzione di una nuova finanza assistita da privilegi o pigni o ipoteche su beni del debitore stesso, come affermato dai *first day orders del Bankruptcy Code*⁴⁵.

L'obbligo principale del debitore sarà quello di predisporre il piano di ristrutturazione, il quale potrà avere qualsiasi contenuto, purché consenta il risanamento dell'impresa.

Dal giorno di deposito della *petition*, il debitore godrà di un termine massimo di centoventi giorni al fine di predisporre il piano di ristrutturazione, e di un termine massimo di centottanta giorni per richiedere l'accettazione di tale piano. Tali termini, prima della riforma del *Bankruptcy Code* avvenuta nel 2005, potevano essere prorogati più volte senza alcun limite, purché in presenza di giustificati motivi. Attualmente, invece, potranno essere prorogati, al massimo, rispettivamente fino a diciotto e venti mesi dal giorno di deposito della *petition*⁴⁶. Una volta che i creditori, rappresentanti i due terzi dell'ammontare dei crediti e il 50,1 % degli stessi creditori, hanno approvato il piano, questo dovrà ottenere, da parte del tribunale competente, la *confirmation*, e solo col superamento di questi due passaggi, potrà ottenere l'esecuzione.

Le potenzialità nella ristrutturazione dell'impresa in crisi, portate dall'istituto dell'*automatic stay*, sono state subito comprese da parte dei legislatori europei, che hanno quindi cercato di introdurre il più velocemente possibile istituti ispirati

⁴⁵ E. BERTACCHINI "Crisi d'Impresa tra Contraddizioni e Giuridica Vaghezza. Riflessioni a Margine del c.d. Decreto Sviluppo.", in *Contratto e Impresa*, 2013, 2, 315.

⁴⁶ M. ARATO op. cit. p. 11.

dal suddetto.

Esempio lampante di quanto stiamo dicendo è la c.d. *procédure de sauvegarde*, introdotta nell'ordinamento francese nel 2005, che consente all'imprenditore (che sia individuale, o che eserciti una professione autonoma, o che sia persona giuridica di diritto privato) in una situazione di tensione finanziaria, di predisporre un *plan de sauvegarde* (piano di salvaguardia), beneficiando per un periodo di tempo (c.d. *période d'observation*) di massimo sei mesi, prorogabili una sola volta per non oltre sei mesi, con possibilità per il tribunale, su istanza del P.M., di concedere un'ulteriore proroga di sei mesi (per un totale massimo, quindi, di diciotto mesi) della protezione da azioni esecutive e cautelari dei propri creditori. Durante tale periodo, il debitore, sotto la vigilanza di un commissario giudiziale nominato dal tribunale, avrà come compito principale quello di predisporre il piano di ristrutturazione, che deve necessariamente prevedere la continuazione dell'attività d'impresa che ne consentano il risanamento.

Il progetto di risanamento sarà sottoposto ai due comitati di creditori previsti: quello costituito dagli istituti di credito, e quello formato dai principali fornitori. Il piano sarà poi sottoposto al voto, e sarà approvato se raggiungerà i due terzi dei crediti complessivi e il 50% degli aventi diritto al voto. Ecco che quindi avremo l'omologazione da parte del tribunale.

Nell'ordinamento tedesco, invece, si è avuta una riforma del diritto fallimentare, avvenuta con legge 1 Marzo 2012, perché, nella situazione antecedente, nonostante fosse prevista la possibilità per l'imprenditore in crisi di mantenere il possesso dei propri beni, questa situazione veniva a verificarsi molto raramente, dato che i tribunali preferivano nominare un curatore fallimentare.

Tale impostazione rappresentava un ostacolo per il tentativo di ristrutturazione

dell'impresa⁴⁷, che invece caratterizza l'istituto dell'automatic stay, e l'ordinamento americano più in generale.

Ecco quindi che a seguito della riforma, la riorganizzazione della società insolvente potrà avvenire senza che questa sia costretta alla vendita dei beni. Le prima novità introdotta dalla suddetta riforma riguarda la possibilità per i creditori di eleggere un proprio comitato provvisorio (*Vorläufiger Gläubigerausschuss*) formato da rappresentanti, fin dal momento della presentazione al Tribunale Fallimentare, da parte dei creditori o della stessa società, di un ricorso per l'ammissione alla procedura di insolvenza e fino al momento della decisione del Tribunale in merito all'accoglimento o al non accoglimento del ricorso, a condizione che sussistano almeno due requisiti su tre dei seguenti:

- che la società abbia un *bilancio superiore a Euro 4,68 milioni*;
- che la società abbia un *fatturato annuo uguale o superiore a Euro 9,68 milioni di euro*;
- che la società abbia *almeno 50 dipendenti*.

Altra novità riguarda il fatto che il Tribunale Fallimentare dovrà consultare tale comitato provvisorio dei creditori su una serie di decisioni fondamentali. In particolar modo il comitato, all'unanimità, può indicare la persona da nominare come commissario giudiziale, con il Tribunale Fallimentare che può rifiutarne la nomina soltanto qualora il candidato non abbia i requisiti richiesti dalla legge. Il terzo aspetto su cui il legislatore tedesco è andato ad intervenire è la possibilità per l'imprenditore in crisi, ma non ancora insolvente, di presentare al tribunale fallimentare un'istanza per essere ammesso ad una procedura paraconcorsuale (*Eigenverwaltung*).

Qualora tale richiesta dovesse essere accolta, la società continuerà ad essere gestita dal suo management, sotto la supervisione di un trustee (*Sachwalter*) nominato dal tribunale, e deve predisporre un piano di ristrutturazione

⁴⁷ v. per un accurato approfondimento:
<http://www.terrallex.org/publication/pf7dfa93fb0/germany-modernizes-insolvency-laws>.

(*Insolvenzplan*) da sottoporre al Tribunale entro tre mesi (termine non prorogabile, a differenza di quanto previsto nell'ordinamento americano⁴⁸).

Si tratta di un periodo di tempo in cui il tribunale può ordinare l'ineseguibilità di qualsiasi provvedimento esecutivo ottenuto da un qualsiasi creditore in danno della società ammessa alla procedura⁴⁹.

Proprio per favorire l'emersione della situazione di crisi il prima possibile, si è previsto che tale periodo di protezione a favore dell'imprenditore, vada ad operare nel caso in cui sia lo stesso imprenditore a presentare tale istanza⁵⁰.

E' inoltre necessario, proprio per consentire la ristrutturazione dell'impresa, che sia concessa all'imprenditore la possibilità di contrarre nuovi debiti, che, ovviamente, andranno a trovarsi in una posizione di prededuzione rispetto a quelli precedentemente contratti.

Eccoci quindi arrivati alla situazione italiana.

Come già accennato, novità fondamentale del D.Lgs n. 134/2012 (c.d. Decreto Sviluppo) è stato quello di introdurre l'istituto del *concordato preventivo con riserva*, ispirato, ovviamente, dall'*automatic stay* di matrice americana.

Rimandando al capitolo successivo l'analisi dettagliata di tale istituto, diamo un superficiale inquadramento del suddetto, alla luce anche delle modifiche che l'hanno riguardato a seguito del D.L. 21 Giugno 2013 n. 69.

Esso si trova regolato dall' art. 161, 6°c.⁵¹ ss. l. fallim., e prevede la possibilità per

⁴⁸ v. per un accurato approfondimento:

["http://www.terrallex.org/publication/pf7dfa93fb0/germany-modernizes-insolvency-laws"](http://www.terrallex.org/publication/pf7dfa93fb0/germany-modernizes-insolvency-laws).

⁴⁹ M. BIANCHI: "Contratti Internazionali. Le Nuove Modifiche alla Legge Fallimentare Tedesca".

⁵⁰ v. per un accurato approfondimento:

["http://www.terrallex.org/publication/pf7dfa93fb0/germany-modernizes-insolvency-laws"](http://www.terrallex.org/publication/pf7dfa93fb0/germany-modernizes-insolvency-laws).

⁵¹ Art. 161, sesto comma l. fallim.: "L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo.

il debitore di beneficiare per un periodo di tempo fissato dal tribunale, oscillante tra i sessanta e i centoventi giorni, prorogabili per giustificati motivi di ulteriori sessanta giorni, dei benefici protettivi di cui all'art. 168 l. fallim.⁵², semplicemente depositando e iscrivendo nel registro delle imprese un ricorso in cui il debitore può anche solo dichiarare di voler ottenere una procedura di concordato preventivo, o la stipula di un accordo di ristrutturazione⁵³ ex art.182 bis l. fallim..

Tale tipo di concordato, viene quindi a presentare una scissione che non è presente nel modello principale di concordato preventivo: una prima fase necessaria di natura anticipatoria e tipicamente processuale (la richiesta di ammissione alla procedura), ed una seconda fase eventuale di natura sostanziale (il deposito della proposta concordataria e del piano destinata a realizzarla)⁵⁴. Al ricorso, dovranno essere allegati solamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei propri creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti.

Come stabilito dall'art. 161, 7° c. l. fallim.⁵⁵, fino al decreto di cui all'art. 163 l.

Con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo, il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3; si applica l'articolo 170, secondo comma. Il commissario giudiziale, quando accerta che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'articolo 173, deve riferirne immediatamente al tribunale che, nelle forme del procedimento di cui all'articolo 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'articolo 18."

⁵² Art. 168 l. fallim.: *"Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.*

Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano.

I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato."

⁵³ M. ARATO, op. cit. p. 20.

⁵⁴ P. VELLA "L'ammissione al concordato preventivo con riserva", in Il Fallimento 2013, 1, 73.

⁵⁵ Art. 161, settimo comma l. fallim.: *"Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa*

fallim., il debitore potrà compiere liberamente gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli di straordinaria amministrazione necessiterà di un'apposita autorizzazione da parte del tribunale.

Potrà poi richiedere al tribunale competente, l'autorizzazione alla sospensione/scioglimento dei contratti pendenti (ex art. 169 bis l. fallim.⁵⁶), all'assunzione di nuovi finanziamenti (ex art. 182 quinquies, comma 1 l. fallim.⁵⁷), e al pagamento dei creditori pregressi (ex art. 182 quinquies, comma 4 l. fallim.⁵⁸), mentre il tribunale potrà nominare un commissario giudiziale che vigili sull'attività compiuta dal debitore durante la procedura, e dovrà porre a carico

autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111."

⁵⁶ Art. 169 bis l. fallim.: *"Il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.*

Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72-ter e 80, primo comma."

⁵⁷ Art. 182 quinquies, primo comma l. fallim.: *"Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori."*

⁵⁸ Art. 182 quinquies, quarto comma l. fallim.: *"Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori."*

del debitore obblighi informativi periodici ai sensi dell'art. 161, 8 c. l. fallim.⁵⁹.

Essendo comunque sia un istituto che può dare vita ad abusi di vario tipo da parte del debitore, ecco che si è intervenuti in materia con il D.L. 21 Giugno 2013 n. 69 (c.d. Decreto del Fare) che è andato a modificare l'art. 161, 8° c. l. fallim.⁶⁰, prevedendo la possibilità per il Tribunale di nominare il commissario giudiziale già nella procedura di concordato preventivo con riserva, e la necessità che il debitore, con periodicità mensile, depositi una situazione finanziaria dell'impresa, che entro il giorno successivo sarà pubblicata nel Registro delle imprese .

Ulteriore ambito d'intervento da parte della suddetta riforma, è stato poi il 6° c. dello stesso art. 161, in quanto si è andati ad aggiungere il periodo che prevede la necessità di allegare, insieme ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, anche un *"un elenco nominativo dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti"* ..

Il successo del nuovo istituto, infatti era apparso sospetto; sospetti confermati, quando ci si è resi conto del fatto che tale tipo di concordato non sempre veniva utilizzato per perseguire le finalità che ne avevano ispirato l'introduzione, e cioè l'anticipazione degli effetti protettivi del patrimonio dell'impresa in crisi a prescindere dall'elaborazione della proposta e del piano di concordato.

Infatti una delle critiche maggiormente mosse nei confronti del concordato preventivo con riserva era il fatto che questo prevedesse un'eccessiva autonomia

⁵⁹ Vecchio art. 161, ottavo comma l. fallim.: *"Con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, che il debitore deve assolvere, sino alla scadenza del termine fissato. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l'art. 162, commi secondo e terzo."*

⁶⁰ Nuovo art. 161, ottavo comma l. fallim.: *"Con il decreto che fissa il termine di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale deve disporre gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato. Il debitore, con periodicità mensile, deposita una situazione finanziaria dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo. Quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo. Il tribunale può in ogni momento sentire i creditori."*

del debitore, ed una forte limitazione del ruolo del tribunale, che perciò potevano portare ad un uso distorto dell'istituto.

Da qui l'urgenza di un intervento diretto a conservare la flessibilità e la snellezza dell'istituto, ad evitarne un uso distorto e a rafforzare gli interessi del ceto creditorio.⁶¹

⁶¹ L. SALVATO "Nuove Regole per la Domanda di Concordato Preventivo con Riserva" in *Il Fallimento*, 2013, 10, 1209.

Capitolo 2.

Il concordato preventivo con riserva.

Sommario: 2.1. La fase iniziale del concordato preventivo con riserva. 2.2. La fase intermedia del concordato preventivo con riserva. 2.3. La fase finale del concordato preventivo con riserva.

2.1 *La fase iniziale del concordato preventivo con riserva.*

La fase iniziale del concordato preventivo con riserva, è la fase compresa tra il momento di deposito del ricorso da parte dell'imprenditore in crisi, ed il momento in cui il Tribunale competente che ha ricevuto tale richiesta, emana il decreto con il quale viene fissato il termine entro cui il debitore dovrà depositare la domanda di concordato definitivo.

L'art. 161, 6° c. l. fallim., è molto risicato per quanto riguarda le modalità di presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva, in quanto si limita ad affermare che tale domanda sia formulata con ricorso.

Il primo aspetto che dobbiamo quindi specificare è quello relativo alla competenza, nel senso che, nel silenzio della norma, sembra ragionevole ritenere che questa spetti allo stesso giudice competente a conoscere la successiva domanda di concordato preventiva piena o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. In altre parole competente sarà il giudice del luogo dove il debitore ha la sede principale dei suoi interessi, così come stabilito dall'art. 160, 1° c. l. fallim.⁶².

Secondo aspetto fondamentale è quello riguardante la questione circa il fatto se la domanda debba essere presentata con l'assistenza di un avvocato oppure no, in quanto, a seguito di una pronuncia del 20 Settembre 2012 del Tribunale di Milano, tale assistenza veniva ritenuta necessaria. Nonostante il dubbio permanga, la maggior parte dei tribunali non concorda con la decisione del

⁶² Art. 160, primo comma l. fallim.: *"La domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale..."*

Tribunale di Milano, per cui considera sufficiente la sottoscrizione del ricorso da parte del solo debitore.

Abbiamo anche un terzo orientamento che invece ritiene necessaria la sottoscrizione della proposta da parte di un procuratore ad hoc.

La maggior parte dei tribunali è invece concorde nel ritenere necessaria l'assistenza tecnico-legale nella fase di omologazione del concordato preventivo in presenza di opposizioni ai sensi dell'art. 180, 4° c. l. fallim.^{63 64}

Ultima questione relativa alle modalità di presentazione della domanda riguarda il fatto se questa debba essere approvata secondo le procedure di cui all'art. 152, 2° c. l. fallim.⁶⁵, il quale prevede (salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto) che la proposta e le condizioni del concordato:

- nella società di persone, siano approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale;
- nella società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e nelle società cooperative siano deliberate dagli amministratori.

I sostenitori della non necessità della deliberazione, basano il proprio

⁶³ Art. 180, quarto comma l. fallim.: *“Se sono state proposte opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio. Nell'ipotesi di cui al secondo periodo del primo comma dell'articolo 177 se un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.”*

⁶⁴ E CECCHERINI “Il concordato preventivo con prenotazione”, in *Diritto Fallimentare*, 2013, 2, 316.

⁶⁵ Art. 152 l. fallim.: *“La proposta di concordato per la società fallita è sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza sociale.*

La proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto:

a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale;

b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori.

In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile.”

orientamento sul fatto che l'art. 161, 4° c l. fallim.⁶⁶ prevede tale deliberazione come presupposto dei documenti occorrenti alla domanda di concordato definitivo; mentre chi sostiene il contrario parte dal presupposto che tale domanda di concordato preventivo con riserva mira anche alla presentazione di una proposta di concordato definitivo.⁶⁷

Nessuno di questi due orientamenti sembra essere totalmente convincente, per cui sembrerebbe corretto affermare che la domanda di concordato preventivo con riserva non debba necessariamente soddisfare i requisiti previsti dagli art. 152, 2° c e 161, 4° c l. fallim., i quali invece dovranno essere presenti nel momento in cui il debitore depositerà la domanda di concordato preventivo definitiva⁶⁸.

Affrontando adesso i requisiti soggettivi, ai sensi dell'art. 161, 6° c. l. fallim., si afferma che il diritto a presentare il ricorso spetti all'imprenditore.

Nella vaghezza della norma, si ritiene che tale diritto vada quindi a spettare agli imprenditori che siano assoggettati alle disposizioni previste dall'art. 1 l. fallim.⁶⁹

⁶⁶ Art. 161, quarto comma l. fallim.: *"Per la società la domanda deve essere approvata e sottoscritta a norma dell'articolo 152."*

⁶⁷ E. CECCHERINI, op. cit.

⁶⁸ M. ARATO "Il concordato preventivo con riserva", cit. p. 59.

⁶⁹ Art. 1 l. fallim.: *"Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:*
a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;
b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;
c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento."

e dall'art. 160 l. fallim.⁷⁰.

L'art. 2195 c.c. afferma che è imprenditore commerciale chi esercita professionalmente una o più delle seguenti attività: attività industriale diretta alla realizzazione di beni o servizi; attività intermediaria nella circolazione dei beni; attività di trasporto per terra, per acqua o per aria; attività bancaria o assicurativa; altre attività ausiliarie delle precedenti.

Si tratta quindi di una definizione che va oltre all'uso comune del termine "imprenditore commerciale", dato che con esso si intende colui che pratica l'attività di intermediazione nella circolazione dei beni.

La maggioranza della dottrina è d'accordo nel ritenere non esaustiva la definizione data dal codice civile, e che quindi si possano definire "imprenditori commerciali" tutti gli imprenditori con esclusione dell'imprenditore agricolo ex art. 2135 c.c.^{71 72}.

⁷⁰ Art. 160 l. fallim.: *"L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere:*
a) *la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;*
b) *l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;*
c) *la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;*
d) *trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.*
La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d). Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione."

⁷¹ Art. 2135 c.c.: *"E' imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.*
Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.
Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione

Il problema che viene a crearsi, è dato dal fatto che il concordato preventivo con riserva può terminare con la presentazione di una proposta di concordato definitiva ex art. 160 l. fallim., o con la richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis l. fallim..

Dobbiamo infatti tenere presente che parte della dottrina ritiene che vi siano imprenditori che, nonostante non siano soggetti alle disposizioni sul concordato preventivo, siano comunque legittimati ad accedere alla procedura degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Tali soggetti sono i seguenti⁷³:

- banche, SIM, SICAV e SGR che sono soggetti alla liquidazione coatta amministrativa, e la cui sottoposizione alla procedura di cui all'art. 182 bis l. fallim. è dibattuta;
- imprenditori non fallibili, in quanto parte della dottrina ritiene che questi, ed in particolare l'imprenditore agricolo, possano accedere alla procedura di cui all'art. 182 bis l. fallim..

Per quanto riguarda i primi bisogna comunque affermare come l'art. 80, 6° c. del D. Lgs. n. 385/1993, e l'art. 57, 3° c. del D. Lgs. n. 58/1998 escludano esplicitamente la loro possibilità di accesso alle procedure concorsuali; mentre per quanto concerne i secondi, dato che la procedura per la composizione delle crisi da sovra-indebitamento è rivolta esclusivamente a tali soggetti, dobbiamo escludere la possibilità per questi di accedere alla procedura di cui all'art. 182 bis l. fallim. e, di conseguenza, anche alle procedure concorsuali.

Per quanto riguarda invece le c.d. società pubbliche, l'art. 1, 1° c. l. fallim. esclude che queste siano assoggettate alle norme sul fallimento e sul concordato

che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge."

⁷² E. CECCHERINI, op. cit.

⁷³ M. ARATO, op. cit. p.38.

preventivo, in quanto, altrimenti, vi sarebbe un'interferenza del potere giudiziario sulla sovranità dell'ente, il quale vedrebbe paralizzarsi l'attività dei propri organi.

Passando adesso ai requisiti oggettivi, è necessario che l'imprenditore si trovi in uno stato di crisi (o di insolvenza⁷⁴), e che abbia superato almeno uno dei tre requisiti previsti dall'art. 1, 2° c. l. fallim..

Proprio per certificare che l'imprenditore si trovi in tale situazione la domanda di concordato, dovrà essere depositata, ai sensi dell'art. 161, 6° c. l. fallim., insieme ai bilanci degli ultimi tre esercizi, e all'elenco nominativo dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti.

A riguardo, il Tribunale di Nocera Inferiore, con pronuncia in data 21 Novembre 2013,⁷⁵ ha affermato che qualora l'imprenditore dovesse depositare copie inattendibili dei bilanci, sarebbe ravvisabile un abuso del diritto.

Per quanto concerne il deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, laddove un'impresa commerciale non sia obbligata a tenere i suddetti, il tribunale potrà utilizzare altri documenti fiscali e contabili idonei a valutare la sussistenza o meno per l'accoglimento del ricorso⁷⁶.

Inoltre il Tribunale di Milano, il 18 Ottobre 2012, ha affermato che, nel caso in cui le società non abbiano ancora approvato il bilancio relativo all'anno precedente, queste potranno depositare una situazione economico-patrimoniale

⁷⁴ P. VELLA, op. cit.

⁷⁵ www.ilcaso.it: *"In sede di procedimento per dichiarazione di fallimento, l'imprenditore deve provvedere al deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi producendone le copie estratte dal Registro delle imprese, posto che i bilanci ivi depositati sono gli unici che consentono una attendibile ricostruzione dello stato patrimoniale economico e finanziario dell'impresa. È ravvisabile un abuso nel ricorso al concordato preventivo con riserva previsto dall'articolo 161, comma 6, L.F. qualora l'imprenditore depositi il ricorso producendo copie inattendibili dei bilanci, ometta la produzione della delibera dell'organo di gestione prevista dall'articolo 152 L.F. e rinunci a spiegare qualsiasi difesa nell'ambito del procedimento per dichiarazione di fallimento pendente."*

⁷⁶ E. BERTACCHINI, op. cit.

aggiornata⁷⁷.

C'è però anche chi sostiene che in questo modo si verrebbe a creare una disparità tra le società che hanno approvato il bilancio⁷⁸, e quelle che non l'hanno ancora approvato; disparità che non sarebbe neanche conforme ad altre disposizioni di legge ed orientamenti che sono andati consolidandosi e che richiedono che la situazione patrimoniale non sia antecedente di oltre centoventi giorni alla data.

E' necessario quindi andare ad effettuare un bilanciamento tra quanto stabilito dal Tribunale di Milano, e quanto si è invece venuto a consolidare nella prassi. In tali situazioni sarebbe quindi auspicabile che la situazione economico-patrimoniale depositata non avesse come riferimento un periodo superiore ai centoventi giorni precedenti la data di deposito della domanda di concordato preventivo con riserva.

Requisito oggettivo particolarmente interessante è poi quello previsto dall'art. 161, 9°c. l. fallim.⁷⁹.

In tale articolo si va a prevedere l'impossibilità, per l'imprenditore che nei due anni precedenti abbia già depositato una domanda di concordato preventivo con riserva, cui non abbia fatto seguito l'ammissione al concordato preventivo o l'omologa di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fallim., di presentare il ricorso previsto all'art. 161, 6°c. l. fallim..

I motivi per cui è stato previsto tale divieto, sono da ricercare nel fatto che l'istituto che stiamo affrontando, come già precedentemente affermato, può dare vita ad una notevole serie di abusi nei confronti dei creditori, per cui si mira ad evitare che la proposizione continua da parte dell'imprenditore di domande di

⁷⁷ E. CECCHERINI, op. cit.

⁷⁸ M. ARATO, op. cit. p. 63.

⁷⁹ Art. 161, nono comma l. fallim. *"La domanda di cui al sesto comma è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti."*

concordato preventivo con riserva, vada ad assumere finalità meramente dilatorie e perciò esterne a quelle per cui l'istituto è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano.

Si tratta quindi di un articolo espressione di un principio generale, secondo cui il debitore non deve disporre in maniera autonoma dei tempi di composizione della crisi, per cui tale articolo dovrà trovare applicazione non solo nel caso esplicitamente previsto, ma anche in tutte quelle situazioni in cui possano esservi comportamenti strumentali da parte dei debitori (in particolare dopo l'esito negativo di una precedente procedura di concordato preventivo definitiva, o nelle vicinanze di una pronuncia di inammissibilità di una domanda di concordato preventiva definitiva precedentemente depositata)⁸⁰.

Il debitore dovrà espressamente dichiarare, nella domanda prenotativa, che tale situazione non si è verificata, e tale dichiarazione costituisce elemento fondamentale per il perfezionamento del ricorso.⁸¹

Tale disposizione, stando alla formulazione letterale, però, non impedisce che lo stesso debitore possa saltare da una domanda prenotativa ad una domanda piena.

Proprio per il fatto che una domanda nuova completa non è pregiudicata dalla precedente domanda prenotativa, bisogna chiedersi se sia ammissibile la rinuncia al procedimento di pre-concordato.

Secondo Fabiani⁸², la risposta deve essere positiva, perché, nonostante si siano prodotti effetti rilevanti (art. 168 e 169 l. fallim.), questi vengono travolti con efficacia ex tunc ed inoltre la rinuncia non necessita del consenso dei creditori, in quanto questi non assumono una posizione rilevante.

Se invece il debitore avesse successivamente rinunciato ad una domanda di concordato definitiva ammessa, per poter conseguire tale risultato,

⁸⁰ M. ARATO, op. cit. p. 52.

⁸¹ E. CECCHERINI, op. cit.

⁸² M. FABIANI "Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo", in Fallimento, 2013, 9, 1051.

necessiterebbe del consenso dei creditori.

La giurisprudenza maggioritaria, comunque, si è orientata per una verifica non limitata al riscontro del bilancio degli ultimi tre esercizi, ed all'inesistenza della preclusione dell'art. 161, 9° c. l. fallim., (ovvero il mancato deposito nei due anni precedenti di una domanda di concordato preventivo con riserva cui non abbia fatto seguito l'ammissione al concordato preventivo, o l'omologa di un accordo di ristrutturazione) ma estesa ad ulteriori elementi funzionali ad accertare la situazione di crisi.⁸³

I motivi di tale estensione sono da ritrovare nel fatto che l'azione possa essere strumentalizzata, con conseguente abuso dell'istituto, grazie all'automaticità degli effetti che nascono dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese.

Il Tribunale di Tortona è pienamente d'accordo con questa estensione del controllo, a causa dei possibili abusi che, altrimenti, potrebbero nascere; mentre il Tribunale di Pistoia, non riconducendo l'istituto nell'alveo delle procedure concordatarie, non accoglie tale estensione dei poteri di controllo⁸⁴.

Tutto ciò che è stabilito, esplicitamente, nell'art. 161, 6° c. l. fallim. e che è stato riportato sopra, rappresenta il c.d. contenuto necessario della domanda di concordato preventivo con riserva. Ricapitolando, sarà perciò ammissibile una domanda, presentata in forma di ricorso, in cui il debitore si limita a chiedere, al Tribunale competente, la fissazione di un termine per il deposito della proposta definitiva di concordato o di un accordo di ristrutturazione debiti, il tutto allegato con i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi dell'impresa, e con l'elenco nominativo dei propri creditori e relativi crediti.

Prendo una piccola parentesi, dobbiamo però citare Elisabetta Bertacchini⁸⁵, la

⁸³ L. SALVATO, op. cit.

⁸⁴ P. VELLA, op. cit.

⁸⁵ E. BERTACCHINI, op. cit.

quale ritiene che la domanda debba avere un certo contenuto minimo, anche al fine di consentire al Tribunale di valutare l'ammissibilità della richiesta anche con riguardo all'ampiezza del termine da concedere per la presentazione definitiva di concordato o della domanda di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Più precisamente ella ritiene che la domanda debba contenere:

- l'indicazione della sede dell'impresa;
- l'indicazione della competenza del Tribunale adito;
- l'indicazione della legittimazione soggettiva e processuale;
- l'indicazione dei soggetti che dispongono dei poteri di rappresentanza;
- la stima della consistenza dell'attivo;
- la stima della consistenza e della natura del passivo;
- l'indicazione esplicita della richiesta del termine (con giustificazione in caso di un'eventuale richiesta di tempo di durata superiore ai 60 giorni).

Continuando il discorso precedentemente interrotto, dobbiamo ricordare che il debitore si trova totalmente libero nell'aggiungere elementi alla propria domanda di concordato preventivo con riserva, per cui questa potrà avere un contenuto ben più ampio di quanto non espressamente previsto dall'art. 161, 6°c. l. fallim., e ciò rappresenta il c.d. contenuto eventuale, e cioè quel contenuto non espressamente prescritto dalla legge a pena d'inammissibilità, e che quindi può anche mancare del tutto, e che varia a seconda degli atti che il debitore intende compiere nel periodo di tempo fissato dal Tribunale per il deposito della domanda definitiva di concordato preventivo o del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione⁸⁶.

Fanno parte di tale contenuto:

- l'indicazione del percorso di ristrutturazione che il debitore intende perseguire, quindi se questa avverrà mediante ricorso al concordato preventivo o ad un accordo di ristrutturazione dei debiti;
- la descrizione delle linee guida del piano, mediante il quale verrà posta in essere la ristrutturazione;

⁸⁶ M. ARATO, op. cit. p. 60.

- la richiesta di autorizzazione al compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione ai sensi dell'art. 161, 7°c. l. fallim.;
- la richiesta di autorizzazione all'ottenimento di nuovi finanziamenti ai sensi dell'art. 182 quinquies, 1° c. l. fallim.;
- la richiesta di autorizzazione alla costituzione di garanzie sui nuovi finanziamenti, ai sensi dell'art. 182 quinquies, 3°c. l. fallim.;
- la richiesta di autorizzazione al pagamento dei creditori strategici (ovvero coloro che forniscono prestazioni o servizi che risultino essere essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori) anteriori al deposito della domanda di concordato preventivo con riserva ai sensi dell'art. 182 quinquies, 4° c. l. fallim.;
- la richiesta di autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti pendenti, ai sensi dell'art. 169 bis l. fallim.

Dato che si tratta di elementi che necessitano di una definizione maggiormente compiuta, essi possono del tutto mancare nella procedura di concordato preventivo con riserva, oppure possono essere presentati dal debitore anche nel corso di tale procedura, ma mano a mano che il percorso della ristrutturazione va a delinearsi.

Quindi si evince come non vi sia nessuna necessità di dover dettagliare, anche solo sinteticamente, le linee della proposta e del conseguente piano.

Nonostante questo, c'è anche chi sostiene⁸⁷ che vi sia la necessità di riportare tali informazioni al fine di conseguire due scopi differenti:

- per dare modo al tribunale di autorizzare gli atti urgenti di straordinaria amministrazione;
- per dare modo al tribunale di autorizzare lo scioglimento o la sospensione dei contratti in corso di esecuzione.

Inoltre parte della giurisprudenza e della dottrina si è orientata in senso favorevole all'obbligo del ricorrente di procedere ad una parziale *discovery* in ordine al contenuto del piano che intende proporre, in quanto il giudice deve

⁸⁷ EROS CECCHERINI, op. cit.

avere *“come stella polare che deve guidare la sua decisione, l’interesse dei creditori”*⁸⁸.

Su questi punti, però, torneremo successivamente.

Così come la domanda di concordato preventivo definitiva, anche la domanda di concordato preventivo con riserva, ai sensi dell’art. 161, 5° c. l. fallim.⁸⁹, viene comunicata al Pubblico Ministero e pubblicata a cura del cancelliere presso il Registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria.

Il deposito e l’iscrizione della domanda di concordato preventivo con riserva producono effetti rilevanti sia per il debitore, che per i creditori e per gli atti da questi compiuti precedentemente al deposito di tale domanda.

Il debitore, potrà liberamente compiere gli atti di ordinaria amministrazione ai sensi dell’art. 161, 7° c. l. fallim., mentre potrà compiere quelli di straordinaria amministrazione solamente quando considerati urgenti e purchè siano stati autorizzati dal Tribunale. I crediti sorti durante tale periodo saranno inoltre prededucibili⁹⁰.

Le richieste di fallimento saranno temporaneamente sospese (ma in questo caso il termine per il deposito del piano sarà di 60 giorni, prorogabili di altri 60), ed i contratti in corso di esecuzione potranno essere sciolti o sospesi, ai sensi dell’art. 169 bis l. fallim.^{91 92}.

⁸⁸ L. SALVATO, op. cit.

⁸⁹ Art. 161, quinto comma l. fallim.: *“La domanda di concordato è comunicata al pubblico ministero ed è pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria.”*

⁹⁰ G. BENAGLIA *“Concordato con riserva e ruolo del collegio sindacale”*, in Fisco 2013, 3, 373.

⁹¹ Art. 169 bis l. fallim.: *“Il debitore nel ricorso di cui all’articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.*

Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.

Potrà inoltre provvedere al pagamento dei creditori antecedenti al deposito, solamente in presenza dei requisiti dell'art. 182 quinquies, 4° c. l. fallim., e contrarre nuovi debiti in presenza delle condizioni dell'art. 182 quinquies, 1° c. l. fallim.

Non vedrà inoltre applicarsi le norme sulla riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli art. 2446, 2°, 3° c.⁹³; 2447⁹⁴; 2482 bis, 4°, 5°, 6° c.⁹⁵ e 2482 ter c.c.⁹⁶, e quelle sullo scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72-ter e 80, primo comma."

⁹² G. BENAGLIA, op. cit.

⁹³ Art. 2446, secondo e terzo comma c.c.: *"Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, l'assemblea ordinaria o il consiglio di sorveglianza che approva il bilancio di tale esercizio deve ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il consiglio di sorveglianza devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio. Il tribunale provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori.*

Nel caso in cui le azioni emesse dalla società siano senza valore nominale, lo statuto, una sua modificazione ovvero una deliberazione adottata con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria possono prevedere che la riduzione del capitale di cui al precedente comma sia deliberata dal consiglio di amministrazione. Si applica in tal caso l'articolo 2436."

⁹⁴ Art. 2447 c.c.: *"Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società."*

⁹⁵ Art. 2482 bis, quarto, quinto e sesto comma c.c.: *"Se entro l'esercizio successivo la perdita non risulta diminuita a meno di un terzo, deve essere convocata l'assemblea per l'approvazione del bilancio e per la riduzione del capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza gli amministratori e i sindaci o il soggetto incaricato di effettuare la revisione legale dei conti (²) nominati ai sensi dell'articolo 2477 devono chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite risultanti dal bilancio.*

Il tribunale, anche su istanza di qualsiasi interessato, provvede con decreto soggetto a reclamo, che deve essere iscritto nel registro delle imprese a cura degli amministratori. Si applica, in quanto compatibile, l'ultimo comma dell'articolo 2446."

⁹⁶ Art. 2482 ter c.c.: *"Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dal numero 4) dell'articolo 2463, gli amministratori devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo. È fatta salva la possibilità di deliberare la trasformazione della società."*

di cui agli art. 2484 n. 4⁹⁷, e 2545 duodecies c.c.⁹⁸.

Alla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese si producono poi per il debitore, gli effetti protettivi di cui all'art. 168 l. fallim.⁹⁹, in quanto lo si ritiene pacificamente applicabile alla procedura di concordato preventivo con riserva, nonostante non vi sia un espresso richiamo all'art. 161, 6° c. l. fallim.¹⁰⁰. Questo perché tale articolo va a realizzare l'*automatic stay*, il quale costituisce lo scopo principale dell'introduzione dell'istituto in esame.¹⁰¹

L'art. 168 l. fallim. comporta quindi l'impossibilità per i creditori, a pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, e di acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti. Inoltre, le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, sono inefficaci rispetto ai crediti anteriori al concordato.

A seguito della presentazione della domanda da parte del debitore, ecco che dobbiamo adesso affrontare quelli che sono i poteri del Tribunale che riceve tale domanda nella fase iniziale del concordato preventivo con riserva.

⁹⁷ Art. 2484, n. 4 c.c.: *"Le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata si sciolgono per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447, 2482 ter."*

⁹⁸ Art. 2545 duodecies c.c.: *"La società cooperativa si scioglie per le cause indicate ai numeri 1), 2), 3), 5), 6) e 7) dell'articolo 2484, nonché per la perdita del capitale sociale."*

⁹⁹ Art. 168 l. fallim.: *"Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano."*

I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato."

¹⁰⁰ M. ARATO, op. cit. p.68.

¹⁰¹ G. BOZZA "I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo", in Fallimento 2013, 9, 1121.

Ai sensi dell'art. 161, 6° c. l. fallim. questo dovrà fissare il termine entro il quale il debitore dovrà presentare la proposta ed il piano di concordato preventivo definitivo, oppure il ricorso per l'omologa dell'accordo di ristrutturazione debiti ex art. 182 bis, 1° c. l. fallim., termine che varierà tra i 60 e i 120 giorni, prorogabili di ulteriori 60 giorni, per un totale massimo di 180, laddove ricorrano giustificati motivi.

Se però dovessero essere presenti istanze di fallimento, il termine massimo, ai sensi dell'art. 161, 10° c. l. fallim., non potrà superare i 60 giorni prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre 60 giorni.

Il Tribunale, ai sensi dell'art. 163, 2° c. n. 3 l. fallim.¹⁰², dispone poi del potere di nomina del commissario giudiziale con il decreto che fissa il termine di presentazione della proposta di concordato, ed inoltre, con lo stesso, ai sensi dell'art. 161, 8° c. l. fallim., dispone gli obblighi che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale (quando nominato) fino alla scadenza del termine fissato.¹⁰³

Tralasciando il discorso, già precedentemente affrontato, relativo al controllo che deve essere effettuato dal Tribunale sulla domanda (e cioè se si tratta di un controllo limitato ai soli requisiti esplicitamente previsti dall'art. 161, 6° c. l. fallim., come affermato dal Tribunale di Pistoia nella pronuncia del 30 Ottobre 2012, oppure se tale controllo vada ad essere esteso anche ad altri ambiti non previsti esplicitamente, come invece sostenuto dal Tribunale di Tortona nella pronuncia dell'8 Ottobre 2012), se il Tribunale riterrà sufficienti i documenti presentati, e soddisfatti i presupposti per l'accesso alla procedura di concordato con riserva, fisserà il termine entro il quale il debitore dovrà depositare il piano e la proposta concordataria o l'accordo di ristrutturazione dei debiti; nominerà, se ritenuto opportuno, il commissario giudiziale; ed infine fisserà gli obblighi informativi che l'imprenditore dovrà assolvere.

¹⁰² Art. 163, secondo comma n. 3, l. fallim.: *“Con il provvedimento di cui al primo comma, il tribunale... 3) nomina il commissario giudiziale osservate le disposizioni degli articoli 28 3 29.”*

¹⁰³ M. ARATO, op. cit. p. 70.

Ovviamente è anche possibile che il tribunale accerti che non tutti i presupposti siano soddisfatti, o che i bilanci degli ultimi tre esercizi o l'elenco dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti non siano stati depositati. In tal caso il Tribunale dovrà dichiarare l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva, e al debitore sarà precluso il deposito di una nuova domanda di concordato preventivo con riserva o di un'istanza di divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, ai sensi dell'art. 182 bis, 6° c. l. fallim¹⁰⁴.

Inoltre, qualora non dovesse pendere alcuna istanza di fallimento, a seguito di tale inammissibilità, la protezione dell'art. 168 l. fallim. verrà meno con efficacia ex tunc (per cui il patrimonio del debitore potrà essere nuovamente soggetto ad azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori), le disposizioni del codice civile precedentemente riportate, in tema di riduzione del capitale per perdite e di scioglimento della società per perdita del capitale, torneranno pienamente applicabili, e le ipoteche iscritte nei 90 giorni successivi alla data di pubblicazione della domanda di concordato preventivo con riserva nel Registro delle imprese, saranno pienamente efficaci nei confronti dei creditori antecedenti la domanda di concordato preventivo con riserva.¹⁰⁵

Se invece pende un'istanza di fallimento nei confronti del debitore, il Tribunale vi dovrà provvedere.

¹⁰⁴ Art. 182 bis, sesto comma l. fallim.: *“Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma lettere a), b), c) e d), e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.”*

¹⁰⁵ M. ARATO, op. cit. p. 78.

La contemporanea pendenza dell'istanza di fallimento è stata oggetto di notevoli discussioni dottrinali.

Non vi sono dubbi, anche dopo la riforma del 2012, che la presentazione della proposta non comporta l'improcedibilità delle istanze di fallimento eventualmente pendenti, e ciò è confermato anche dall'art. 162, l. fallim.¹⁰⁶, il quale consente la contestuale dichiarazione di fallimento, a seguito dell'inammissibilità della proposta di concordato.

Il quesito principale riguarda, quindi, quale sia il meccanismo processuale più corretto per la trattazione dei due distinti procedimenti.

La Corte d'Appello di Torino, aveva proposto la sospensione del giudizio prefallimentare, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.¹⁰⁷, dal momento di presentazione della proposta di concordato preventivo fino alla sua definizione, ma quest'ipotesi non la si ritiene accettabile in quanto manca un rapporto di pregiudizialità o dipendenza in senso tecnico tra i due giudizi (il che potrebbe generare un conflitto di giudicati), sia perché porrebbe gravi problemi di coordinamento con le norme che prevedono espressamente la contestualità tra il provvedimento negativo sul concordato e la dichiarazione di fallimento.

Le Sez. Unite della Corte di Cassazione, con la sent. 23 Gennaio 2013, n. 1521¹⁰⁸

¹⁰⁶ Art. 162 l. fallim.: *"Il Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore. Contro la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile reclamo a norma dell'articolo 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato."*

¹⁰⁷ Art. 295 c.p.c.: *"Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa."*

¹⁰⁸ www.ilcaso.it: *"Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo"*

parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori.

Nel concordato preventivo, il professionista attestatore ha il compito di certificare la veridicità dei dati rappresentati dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto, fornendo dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno, elementi, questi, che il giudice potrebbe altrimenti acquisire soltanto nominando un consulente tecnico. Il professionista attestatore, pur non essendo un consulente del giudice, deve, pertanto, avere caratteristiche di indipendenza (significativamente rafforzate dalla sanzioni penali di cui all'articolo 236 bis, legge fallimentare) e professionalità tali da garantire una corretta attuazione del dettato normativo.

Benché, nel concordato preventivo, al professionista attestatore sia demandato il compito di certificare la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto, occorre precisare che il controllo del giudice su questi aspetti non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica della motivazione offerta dal professionista anche sotto il profilo del collegamento effettivo tra i dati riscontrati ed il giudizio espresso; il giudice può, infatti, discostarsi dal giudizio espresso dal professionista, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario.

Premesso che la fattibilità del piano di concordato non deve essere confusa con la convenienza della proposta (vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al tribunale e riservato ai creditori), occorre precisare che la fattibilità, intesa come una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, implica una ulteriore distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica. La verifica della fattibilità giuridica spetta sicuramente al giudice, il quale dovrà esprimere un giudizio negativo sull'ammissibilità della proposta quando le sue modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili. È, invece, di competenza esclusiva dei creditori il giudizio in ordine alla fattibilità economica del concordato, posto che questa valutazione consiste in un giudizio prognostico che comporta margini di opinabilità e possibilità di errore che si traducono inevitabilmente in un fattore di rischio per i soggetti interessati; è quindi ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto del concordato preventivo, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori.

Allo scopo di individuare i margini di intervento del giudice nell'ambito a lui riservato della valutazione della fattibilità giuridica del concordato, occorre individuare la causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, intendendosi per causa concreta le modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti del procedimento intendono realizzare la composizione dei rispettivi interessi. Poiché, tuttavia, il legislatore non ha inteso predeterminare il contenuto della proposta e non è, quindi, possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini dell'intervento del giudice, si dovrà tener conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria, fermo restando che la proposta di concordato deve necessariamente avere ad oggetto il superamento della crisi e la soddisfazione in qualche misura dei creditori.

Nel concordato preventivo, il controllo del giudice sulla fattibilità del concordato deve essere effettuato verificando l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria di fornire elementi di giudizio ai creditori, sia accertando la fattibilità giuridica della proposta (si pensi, a titolo esemplificativo, alla cessione di beni altrui), sia infine valutando l'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura consistente nella regolazione della crisi e nella soddisfazione almeno parziale dei creditori nel rispetto dei termini di adempimento previsti, profilo, quest'ultimo, che incide sulla valutazione della proposta nel suo complesso e di

hanno invece affermato come sia desumibile un rapporto di interdipendenza tra le due procedure, tale cioè da subordinare la trattazione per la dichiarazione di fallimento all'avvenuta definizione di quella del concordato preventivo. Il rapporto tra fallimento e concordato è un fenomeno di consequenzialità ed assorbimento, che determina, perciò, un necessario coordinamento. La possibilità per il debitore di presentare una procedura concorsuale alternativa al fallimento, non rappresenterà, così, un fatto impeditivo alla relativa dichiarazione, ma una semplice esplicazione del diritto di difesa.

Dato che la consequenzialità logica non si traduce, però, in una consequenzialità procedimentale, il Tribunale rimane libero di valutare il coordinamento tra i due procedimenti.

In questo quadro, la soluzione migliore per salvaguardare l'esigenza di una contestuale dichiarazione di fallimento in caso di inammissibilità della proposta, sembra essere la trattazione simultanea dei due procedimenti, cosa dimostrata anche dal fatto che il Tribunale dinanzi al quale si svolge l'istruttoria prefallimentare è lo stesso al quale è indirizzata la domanda di concordato preventivo, così che esso potrà valutare la sussistenza dei requisiti di ammissibilità di concordato anche alla luce del materiale probatorio fornito dal

conseguenza sul giudizio di fattibilità del concordato.

Nel concordato preventivo con cessione dei beni, non rientra nell'ambito del giudizio di fattibilità esercitabile dal giudice un sindacato sull'aspetto pratico ed economico della proposta e, quindi, sulla correttezza della indicazione della misura di soddisfacimento percentuale offerta ai creditori. In questo tipo di concordato, infatti, la percentuale di pagamento eventualmente prospettata non è vincolante, non essendo prescritta da alcuna disposizione ed essendo al contrario sufficiente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscono la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore, fatta ovviamente salva la possibilità che il debitore assuma una specifica obbligazione in tal senso.

Affinché i creditori possano esprimere il giudizio loro riservato sulla convenienza economica della proposta di concordato, concorrendo così a garantire il giusto esito della procedura, è necessario che essi ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni, incombenti, questi, che assumono un ruolo centrale nello svolgimento della procedura ed ai quali debbono provvedere dapprima il professionista attestatore (rispetto al quale il d.l. 83 del 2012, oltre a sottolinearne la necessaria indipendenza, ha introdotto pesanti sanzioni nel caso di falsità nelle attestazioni o nelle relazioni), in funzione dell'ammissibilità al concordato, e successivamente il commissario giudiziale prima dell'adunanza dei creditori ai fini del voto."

creditore istante per la dichiarazione di fallimento.¹⁰⁹

Inoltre col “Decreto Sviluppo” si è introdotto l’art. 161, 10° c. l. fallim.¹¹⁰, che stabilisce che il debitore che depositi ricorso per concordato con riserva, in pendenza di un’istruttoria fallimentare, si vede fissare un termine di 60 giorni prorogabili di altri 60 per giustificati motivi. Tale termine, però, potrà essere ridotto nel caso in cui l’attività compiuta dal debitore risulti essere manifestamente inidonea alla predisposizione di proposta e piano. Si delinea così una situazione in cui non vi è nessun impedimento alla dichiarazione di fallimento, nel caso di presentazione della domanda di concordato preventivo con riserva.

Che la sospensione risulti essere inidonea a tale situazione lo si desume anche dalle domande che sono presentate dal debitore e dal creditore nell’istruttoria fallimentare: la domanda del debitore, volta alla sistemazione della crisi secondo le regole della procedura concordataria, dovrà essere esaminata in un procedimento camerale a metà strada tra un processo in cui il giudice interviene a risolvere una controversia tradizionale tra creditore e debitore, ed un giudizio nel quale il provvedimento serve a verificare la conformità del negozio al parametro di legalità ed a consentire allo stesso di produrre i propri effetti; la domanda del creditore, volta alla regolazione dell’insolvenza secondo le regole della liquidazione fallimentare, verrà trattata in un giudizio camerale, ma con tratti che ricordano la cognizione piena. La sospensione faticherebbe ad operare per la diversità dei soggetti che sono parte dei giudizi, per la natura sommaria dei procedimenti e per la difficoltà ad operare un arresto dell’istruttoria fallimentare al fine di evitare un conflitto tra giudicati.

La riunione delle procedure, invece permette di tenere viva l’originaria istanza di fallimento nel caso di naufragio della procedura alternativa e soprattutto

¹⁰⁹ G. B. NARDECCHIA “L’inammissibilità del concordato con riserva”, in Fallimento 2013, 8, 955.

¹¹⁰ Art. 161, decimo comma, l. fallim.: “Fermo restando quanto disposto dall’articolo 22, primo comma, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma del presente articolo è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.”

permette una gestione accorta, da parte del tribunale, dell'incedere delle procedure.¹¹¹

Tornando al discorso relativo al provvedimento emanato dal Tribunale, la legge non stabilisce espressamente se contro questo, nel caso in cui dichiarare l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva, sia esperibile il reclamo di fronte alla Corte d'Appello competente per territorio. Nel silenzio della normativa, non sembrano essere presenti ragioni che ostacolano l'applicazione, alla situazione in discorso, dell'art. 162, 2°, 3° c. l. fallim.¹¹², ovvero quelle norme che consentono all'imprenditore, che si sia visto respingere la proposta di concordato preventivo definitiva da parte del Tribunale per mancanza di presupposti, di presentare reclamo entro 30 giorni alla cancelleria della Corte d'Appello competente, nel solo caso in cui la dichiarazione d'inammissibilità sia dipesa da ragioni che escludono la consequenziale dichiarazione di fallimento (perciò l'esclusione della qualità d'imprenditore commerciale per assenza di insolvenza, o per mancato superamento delle soglie di fallibilità previste dall'art. 1, 2° c. l. fallim.).¹¹³

Facendo comunque un discorso più generico, diciamo che appare pressoché pacifico che la concessione del termine da parte del Tribunale sia un atto sostanzialmente dovuto, sempreché, ovviamente, risultino presenti i requisiti soggettivi ed oggettivi della domanda.¹¹⁴

¹¹¹ I. PAGNI "I rapporti tra concordato e fallimento, in pendenza dell'istruttoria fallimentare", in Fallimento 2013, 9, 1075.

¹¹² Art. 162, secondo e terzo comma l. fallim.: *"Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore. Contro la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile reclamo a norma dell'articolo 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato."*

¹¹³ M. ARATO, op. cit. p. 78.

¹¹⁴ G. FALCONE, "Profili problematici del concordato con riserva", in Diritto Fallimentare, 2013, 3-4, 392.

E' il momento di affrontare in maniera più specifica, le attività compiute dal Tribunale in tale fase iniziale.

Per quanto riguarda la fissazione del termine entro cui il debitore dovrà depositare la proposta ed il piano di concordato definitivi, o l'accordo di ristrutturazione dei debiti, tale termine dovrà avere una durata compresa fra i 60 e i 120 giorni, nel caso in cui non penda nessuna istanza di fallimento, o una durata di 60 giorni nel caso in cui penda un'istanza di fallimento, con possibilità di proroga di ulteriori 60 giorni per giustificati motivi, per entrambe le situazioni. Il tenore letterale dell'art. 161, 6° c. l. fallim. e la ratio della normativa, che è chiaramente volta a favorire il debitore, porta giurisprudenza e dottrina a ritenere, pressoché all'unanimità, che il giudice sia obbligato a fissare il termine qualora ritenga ammissibile la domanda di concordato preventivo con riserva, e che l'unica discrezionalità del giudice riguardi solo la durata di tale termine.¹¹⁵ La conferma di questa sorta di automatismo, la si avrebbe anche dalla scelta del legislatore di utilizzare il termine "fissato" e non "concesso".¹¹⁶

Giurisprudenza e dottrina hanno poi chiarito che, ove intenda ottenere la concessione di un termine superiore a quello minimo previsto dalla legge, il debitore dovrà presentare un'istanza congruamente motivata, mentre nel caso in cui il debitore formuli una domanda di concordato preventivo con riserva scarna e semplice, il Tribunale potrà solo concedere il termine minimo di legge di 60 giorni. Ecco quindi che il debitore che vorrà ottenere un termine maggiore, rispetto a quello minimo previsto dalla legge, dovrà precisare le ragioni che rendono necessaria la concessione di tale termine.

Se però dovesse pendere un'istanza di fallimento, l'art. 161, 10° c. l. fallim. prevede un termine di 60 giorni. Ciò che ha destato problemi interpretativi, è stato l'inciso per cui tale norma fa salvo quanto previsto dall'art. 22, 1° c. l.

¹¹⁵ M. ARATO, op. cit. p. 81.

¹¹⁶ P. VELLA, op. cit.

fallim.¹¹⁷, per cui se il Tribunale dovesse respingere il ricorso per la dichiarazione di fallimento, vi provvederà con decreto motivato.

Un orientamento alquanto condivisibile ha interpretato l'inciso nel senso che il Tribunale potrà concedere un termine superiore ai 60 giorni nel caso in cui respinga l'istanza di fallimento, mentre nel caso in cui al momento del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva l'istanza di fallimento sia già stata respinta, ma penda il termine per la sua impugnazione, il termine rimarrà di 60 giorni. Questo sarebbe quindi l'unico caso in cui effettivamente verrebbe ad applicarsi l'art. 161, 10° c. l. fallim.¹¹⁸.

Ricordiamo che nel caso in cui il debitore, a seguito della domanda di concordato preventivo con riserva, non dovesse depositare il piano, la proposta e la documentazione, si attiverebbe il meccanismo d'inammissibilità del concordato, ed eventuale fallimento di cui all'art. 162, 2° c. l. fallim.^{119 120}.

Bisogna a questo punto domandarsi se nel caso di deposito tardivo, si debba prevedere un trattamento diverso rispetto a quanto previsto per il mancato deposito della proposta, del piano e della documentazione. Per rispondere a tale quesito, dobbiamo rifarci alla decisione del Tribunale di Bergamo del 15 Febbraio 2013, il quale ha ritenuto che lo spirare del termine determinerebbe tout court l'inammissibilità della domanda tardivamente completata. Il Tribunale ha quindi convocato il debitore in camera di consiglio insieme ai creditori istanti, dichiarando l'inammissibilità della domanda, e, contestualmente, il fallimento della società debitrice; inammissibilità che comporta l'impossibilità di presentare nei due anni successivi una nuova proposta di concordato preventivo con riserva,

¹¹⁷ Art. 22, primo comma l. fallim.: *"Il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato, comunicato a cura del cancelliere alle parti."*

¹¹⁸ M. ARATO, op. cit. p. 86.

¹¹⁹ Art. 162, secondo comma, l. fallim.: *"Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore."*

¹²⁰ P. VELLA op. cit.

ai sensi dell'art. 161, 10° c. l. fallim., ma non una domanda completa di concordato preventivo, sempre che nel frattempo non sia intervenuta la dichiarazione di fallimento.¹²¹

Altra questione è quella riguardante il *dies a quo* da cui decorre il suddetto termine: alcune pronunce giurisprudenziali (Tribunali di Perugia 4 Ottobre 2012 e di Palermo 2 Ottobre 2012) ritenevano che questo decorresse dalla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese in quanto mancando una specifica normativa, sarebbe stato necessario rifarsi all'art. 168 l. fallim. che regola il concordato preventivo definitivo. Tale soluzione consentirebbe di neutralizzare i tempi di decisione del Tribunale fungendo anche da contrappeso alla forte anticipazione degli effetti protettivi che caratterizza l'istituto.¹²²

La prevalente giurisprudenza ritiene, però, che la decorrenza si abbia dal giorno della comunicazione del provvedimento del Tribunale o del suo deposito in cancelleria.¹²³

Giovanni Battista Nardecchia sostiene che, dato il silenzio della norma, tutte le soluzioni appaiono legittime, ma la meno opportuna sembrerebbe essere quella che fa decorrere il termine dal momento in cui si è avuta l'iscrizione nel Registro delle imprese del decreto di assegnazione del termine, perché non è previsto che a tale iscrizione adempia il cancelliere, con la conseguenza che sarebbe del tutto arbitrario fissare la decorrenza iniziale del termine da un accadimento futuro ed incerto, rimesso alla discrezionalità del debitore, il quale potrebbe volutamente procrastinare tale iscrizione al fine di godere di un lasso di tempo ben più ampio rispetto a quello concessogli dal Tribunale.¹²⁴

Altro punto dibattuto è l'applicazione o meno al termine fissato dal Tribunale della sospensione feriale dei termini.

¹²¹ G. B. NARDECCHIA, op. cit.

¹²² P. VELLA, op. cit.

¹²³ M. ARATO, op. cit. p. 86

¹²⁴ G. B. NARDECCHIA, op. cit.

Un primo orientamento ritiene che il suddetto termine sia soggetto alla sospensione feriale, a causa della sua natura processuale, e dell'eccezionalità che caratterizza le deroghe alla sospensione feriale. Chi si è fatto portatore di tale pensiero è, ad esempio, il Tribunale di Reggio Emilia che afferma, nella pronuncia del 9 Agosto 2013, che, data la natura sia sostanziale che processuale del concordato preventivo con riserva, a questo non si applica la disciplina fallimentare che esclude l'opponibilità della sospensione feriale.¹²⁵

¹²⁵ www.ilcaso.it: "A seguito del ricorso ex articolo 161 sesto comma, diretto ad ottenere la concessione di un termine per il deposito del piano e della proposta concordataria e della documentazione prevista dall'articolo 161 secondo e terzo comma, si apre un procedimento di natura concorsuale (che non è identificabile con il concordato preventivo), in quanto si svolge su tutto il patrimonio del debitore, su tutti i suoi beni, nell'interesse di tutti i creditori e sotto la sorveglianza dell'autorità giudiziaria. Anche se l'articolo 173 L.F. non è direttamente applicabile all'ipotesi di ricorso per concordato preventivo c.d. in bianco, il tribunale può sempre procedere alla revoca del decreto di concessione del termine per la presentazione del piano, della proposta concordataria e della documentazione, in base all'articolo 161 ottavo comma, che prevede, in caso di violazione degli obblighi informativi da parte dell'imprenditore (e, a maggior ragione, in caso di violazione di obblighi sostanziali), l'instaurazione di un (sub)procedimento di revoca disciplinato dall'articolo 162, secondo e terzo comma. La procedura concorsuale iniziata a seguito della concessione del termine ex articolo 161 sesto comma, è caratterizzata da un momento conservativo del patrimonio del debitore (mediante il blocco delle azioni esecutive e cautelari) e da uno dinamico (consistente nella gestione prudente e provvisoria dell'impresa, finalizzata alla formulazione di una proposta di soddisfazione basata su un piano). Ne deriva che il divieto di pagamento dei crediti pregressi e la facoltà, per l'imprenditore, di compiere gli atti di ordinaria amministrazione (tra i quali rientrano anche l'adempimento dei contratti pendenti) vanno conciliati come segue: (a) il divieto di pagamento dei crediti pregressi sussiste in tutte quelle situazioni giuridiche che si sono definitivamente cristallizzate in un rapporto di credito/debito; (b) per i rapporti giuridici pendenti nei quali le prestazioni delle parti non sono ancora eseguite o compiutamente eseguite, laddove il rapporto prosegua non vi è – di regola – divieto di pagamento dei crediti anteriori, a meno che il rapporto sinallagmatico non sia caratterizzato da un contratto di durata dal quale sorgono coppie di prestazioni isolabili sotto il profilo funzionale ed economico (fattispecie che ricorre, ad es., nei contratti di somministrazione). I finanziamenti effettuati tra società appartenenti al medesimo gruppo involgono un delicato giudizio sulla corrispondenza dell'atto ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria (articolo 2497 primo comma codice civile), sul bilanciamento degli interessi di tutte le società coinvolte (articolo 2497 ter), sugli eventuali vantaggi compensativi (articolo 2497 primo comma secondo periodo) e sulla certezza o sulla probabilità o possibilità che la società erogante riceva una seria ed incontestabile contropartita a seguito del finanziamento predetto. Pertanto, se – di regola – in una situazione economica e finanziaria fisiologica i predetti finanziamenti possono rientrare negli atti di ordinaria amministrazione, nell'ipotesi in cui una o tutte le società del gruppo si trovino in situazione di insolvenza, l'attività di trasferimento deve essere qualificata come di straordinaria amministrazione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 161 settimo comma."

Un secondo orientamento la ritiene non applicabile perché, da un lato, il termine fissato dal Tribunale non avrebbe natura processuale (in quanto l'avvio del procedimento di concordato è dato dal deposito del ricorso, mentre un atto con natura processuale è un atto che ha immediata incidenza sull'instaurazione del procedimento), e, dall'altro, l'applicazione della sospensione feriale sarebbe contraria alle finalità della disciplina del concordato preventivo con riserva, laddove consentirebbe al debitore di godere di un ulteriore termine di 45 giorni, oltre a quelli già previsti, di protezione da azioni esecutive e cautelari dell'imprenditore.¹²⁶

Per giungere alla soluzione di tale questione, dobbiamo innanzitutto affermare che difficilmente il termine previsto dall'art. 161, 6°, 10° c. l. fallim. non sarà un termine processuale, ma a prescindere da tale assunto, dobbiamo ricordare come il concordato preventivo con riserva vada a porre rilevanti limitazioni ai diritti dei creditori. Inoltre la regola della sospensione feriale dei termini può essere derogata solo nei casi d'urgenza, urgenza che caratterizza sicuramente il concordato preventivo con riserva, se si pensa agli effetti dell'automatic stay che colpiscono i creditori, e la necessità da parte del debitore di ottenere un'autorizzazione per il compimento di certi atti.

Inoltre nel caso in cui penda un'istanza di fallimento al momento del deposito di una domanda di concordato preventivo con riserva, la sospensione feriale dei termini non dovrebbe trovare applicazione, in quanto l'art. 92 del R.D. n. 12/1941 ne esclude l'applicabilità nei procedimenti per la dichiarazione di fallimento.¹²⁷

Per concludere ecco che quindi sembra condivisibile quell'orientamento che non consente l'applicazione della sospensione feriale nel caso di un concordato preventivo con riserva

Affrontiamo adesso la nomina del commissario giudiziale da parte del Tribunale.

¹²⁶ M. ARATO, op. cit. p.88.

¹²⁷ M. ARATO, op. cit. p. 90.

Tale potere, previsto all'art. 161, 6° c. l. fallim.¹²⁸ rappresenta una delle novità del c.d. "Decreto del Fare" (D.L. 21 Giugno 2013 n. 69), e quindi la sua introduzione si inserisce nell'ottica di una protezione ulteriore nei confronti dei debitori.

Si tratta di una novità che recepisce la prassi di alcuni Tribunali nazionali che andavano a nominare consulenti tecnici, o ausiliari che vigilassero sull'adempimento da parte del debitore degli obblighi informativi e dell'attività svolta per la presentazione della proposta e del piano concordatario definitivi, o dell'accordo di ristrutturazione debiti.¹²⁹

Il verbo "può" dimostra il carattere meramente facoltativo della designazione, per cui si ritiene che il Tribunale non debba esplicitare le ragioni per cui effettua tale nomina.¹³⁰

Secondo alcuni, la nomina di questo soggetto potrebbe avvenire anche con provvedimento successivo rispetto a quello che fissa il termine del primo periodo dell'art. 161, 6° c. l. fallim., per cui la si potrebbe avere anche in occasione di un'eventuale proroga del suddetto termine, nel caso di una richiesta da parte del debitore al compimento di atti di straordinaria amministrazione, oppure anche nel caso in cui sorgano dubbi relativamente all'idoneità dell'attività preordinata alla predisposizione di proposta e piano.¹³¹

Altri¹³² invece sostengono che tale nomina potrà avvenire solamente con il decreto che fissa il termine di cui al primo periodo dell'art. 161, 6° c. l. fallim. Relativamente ai requisiti del soggetto nominato, non abbiamo dubbi a causa del fatto che si tratta dello stesso soggetto previsto dall'art. 163, 2° c. n. 3, l. fallim.

¹²⁸ Art. 161, 6° c. l. fallim.: *"Con decreto motivato che fissa il termine di cui al primo periodo il tribunale può nominare il commissario giudiziale di cui all'articolo 163, secondo comma, n. 3; si applica l'art. 170, secondo comma."*

¹²⁹ M. ARATO, op. cit. p. 93.

¹³⁰ L. SALVATO, op. cit.

¹³¹ L. SALVATO, op. cit.

¹³² M. ARATO, op. cit. p.96.

Nonostante i criteri di riferimento siano gli art. 165¹³³ e 167¹³⁴ l. fallim., la nomina di tale soggetto risponde alla necessità di garantire un più efficace e stringente controllo in chiave antielusiva della procedura di concordato preventivo con riserva. Ecco che il commissario giudiziale potrà accertare se il debitore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode; in poche parole una vigilanza sull'amministrazione dei beni e sull'esercizio dell'impresa. Nel caso, dovrà informare il Tribunale ai fini della dichiarazione d'improcedibilità della domanda¹³⁵ di concordato preventivo con riserva, Tribunale che invece dichiarerà il fallimento dell'imprenditore in presenza dei presupposti di legge¹³⁶.

Inoltre il commissario giudiziale dovrà effettuare un controllo su un'eventuale manifesta inidoneità di proposta e piano, controllo che si realizza attraverso una vigilanza sugli obblighi informativi periodici, ed attraverso una verifica dell'attività compiuta dal debitore.

Concludiamo affrontando l'ultimo dei poteri attribuiti al Tribunale, ovvero il disporre obblighi informativi periodici a carico del debitore. Tale potere è

¹³³ Art. 165 l. fallim.: *"Il commissario giudiziale è, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, pubblico ufficiale.*

Si applicano al commissario giudiziale gli articoli 36, 37, 38 e 39."

¹³⁴ Art. 167 l. fallim.: *"Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.*

I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Con il decreto previsto dall'articolo 163 o con successivo decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al secondo comma."

¹³⁵ L. SALVATO, op. cit.

¹³⁶ M. ARATO, op. cit. p.97.

previsto dall'art. 161, 8° c. l. fallim.¹³⁷, a seguito della modifica allo stesso avutasi con il "Decreto del Fare" (D.L. 21 Giugno 2013 n. 69).

Il nuovo art. 161, 8° c. l. fallim. stabilisce che il Tribunale deve disporre gli obblighi informativi periodici con il decreto di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim., i quali dovranno essere assolti dal debitore con cadenza almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale quando questi sia stato nominato, mentre, precedentemente alla riforma, al Tribunale era attribuita solo una mera facoltà di disporre tali obblighi; non era prevista una determinata periodicità, con conseguente discrezionalità del giudice, ed ovviamente, non essendo ancora presente tale figura, non era previsto nessun controllo da parte del commissario giudiziale.

Si tratta di una norma apprezzabile, in quanto consente al Tribunale di operare un "monitoraggio intermedio"¹³⁸ sull'andamento dell'impresa.

Il problema riguarda, più che altro, la concreta identificazione degli obblighi informativi periodici, perché se da un lato la tutela dei creditori potrebbe indurre a contemplare obblighi estesi, dall'altro lato, bisogna evitare di intralciare eccessivamente l'attività del debitore. L'unica certezza di questi obblighi è che l'informazione sia resa entro il termine prescritto.¹³⁹

Ecco quindi che i contenuti potranno essere i più vari, e questo è dimostrato dalle pronunce di diversi tribunali, di cui andremo ad elencarne alcune a titolo

¹³⁷ Art. 161, ottavo comma l. fallim.: *"Con il decreto che fissa il termine di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale deve disporre gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale se nominato, sino alla scadenza del termine fissato. Il debitore, con periodicità mensile, deposita una situazione finanziaria dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo. Quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo. Il tribunale può in ogni momento sentire i creditori."*

¹³⁸ L. BALESTRA, op. cit.

¹³⁹ E. CECCHERINI, op. cit.

esemplificativo:

- il Tribunale di Modena, nel decreto del 28 Novembre 2012¹⁴⁰, ha imposto al debitore un'informativa avente ad oggetto l'indicazione di operazioni attive e passive d'importo unitario superiore ai 10.000 euro effettuate o maturate nel periodo;
- il Tribunale di Velletri, nel decreto del 17 Settembre 2012, ha imposto il deposito di un'aggiornata relazione economico finanziaria sull'andamento delle attività d'impresa e dell'indicazione di tutti gli atti di straordinaria amministrazione, dei pagamenti d'importo superiore a 50.000 euro, delle eventuali istanze di fallimento o richieste di pignoramento pervenute;
- il Tribunale di Asti, nel decreto del 24 Settembre 2012¹⁴¹, ha previsto l'obbligo di depositare una relazione avente ad oggetto l'aggiornamento della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica delle imprese;
- il Tribunale di Pisa, nel decreto de 19 Settembre 2012¹⁴², ha imposto l'onere di

¹⁴⁰ www.ilcaso.it: *"Il requisito di cui all'articolo 152, comma 3, legge fallimentare (secondo il quale la decisione o la deliberazione della società di accedere alla procedura di concordato preventivo devono risultare da verbale redatto da notaio, ed essere depositate ed iscritte nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 c.c.) è necessario non solo per la sottoscrizione della proposta e delle condizioni del concordato ma anche per la sottoscrizione ed il deposito della "domanda" propriamente detta. La terminologia utilizzata dal citato articolo 152 non tiene, infatti, conto della distinzione, successivamente introdotta dal decreto legge numero 83 del 2012, il quale ha più correttamente definito come "domanda" l'istanza rivolta al tribunale tramite il ricorso per l'ammissione e l'omologazione del concordato, quale "proposta" le modalità quantitative, qualitative e temporali di soddisfacimento dei creditori e "piano" l'insieme delle attività attraverso le quali il debitore si propone di ottenere il verificarsi delle condizioni per l'adempimento della proposta."*

¹⁴¹ www.ilcaso.it: *"È ammissibile il cosiddetto concordato di gruppo, il quale preveda un piano unitario ed una proposta unitaria rivolta a tutti i creditori delle società del gruppo, a condizione però che la proposta preveda la separazione di ciascuna massa e l'approvazione separata della proposta da parte dei creditori di ogni società."*
Con il decreto di cui al comma 8 dell'articolo 161, legge fallimentare, il tribunale può disporre che la società che si avvale della facoltà di presentare la domanda di concordato con riserva di presentazione della proposta, del piano e della documentazione, depositi con cadenza mensile una relazione avente ad oggetto l'aggiornamento della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa."

¹⁴² www.ilcaso.it: *"Il provvedimento di cui al sesto comma dell'articolo 161, legge fallimentare, con il quale il giudice, assegna all'imprenditore il termine per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo, è di competenza del collegio e*

depositare un riepilogo delle operazioni poste in essere e l'elenco dei creditori che ne sono sorti, con indicazione del nominativo e del relativo importo;

- il Tribunale di Terni, nel decreto del 12 Ottobre 2012¹⁴³, ha imposto l'obbligo di deposito di una relazione, sottoscritta da un professionista indipendente nominato dal debitore, circa lo svolgimento delle attività propedeutiche alla predisposizione del piano concordatario o al deposito di un accordo di

contiene anche la determinazione degli obblighi informativi periodici che l'imprenditore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato."

¹⁴³ www.ilcaso.it: "Il fatto che, nel concordato preventivo, l'articolo 169 bis, legge fallimentare preveda che l'imprenditore, per potersi sciogliere dai contratti in corso di esecuzione, sia tenuto a richiedere, nel ricorso per concordato, la specifica autorizzazione del tribunale (fatte ovviamente salve le ipotesi di cui i successivi commi 3 e 4), significa che la continuazione dei contratti costituisce la regola, mentre scioglimento e sospensione l'eccezione.

In presenza di ricorso per concordato preventivo con riserva, al fine di individuare gli atti di ordinaria amministrazione, è possibile far ricorso ai principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, in base ai quali debbono ritenersi tali gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti.

Alla luce dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità, allo scopo di distinguere gli atti di ordinaria da quelli di straordinaria amministrazione, e tenendo presente che nell'ambito del concordato preventivo l'articolo 169 bis enuncia la regola della continuazione dei contratti in corso di esecuzione, è possibile affermare che le operazioni di anticipo o sconto di fatture effettuate presso istituti bancari o di factoring, con sottostante cessione dei crediti anticipati, che siano in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso per concordato, siano da ritenersi atti di ordinaria amministrazione e ciò non solo per l'uso pregresso che ne abbia eventualmente fatto l'impresa, ma anche perché si tratta del tipo di operazioni più diffuso nella prassi commerciale e che consentono lo smobilizzo dei crediti d'impresa in funzione cd. "autoliquidante".

Posto che le operazioni di anticipo o sconto di fatture presso istituti bancari o di factoring che siano in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso per concordato preventivo, sono normalmente da ritenersi atti di ordinaria amministrazione, occorre tener presente che la giurisprudenza di legittimità, in applicazione del combinato disposto degli articoli 169 e 56, legge fallimentare, ha ritenuto non compensabili i crediti vantati dalla banca mandataria all'incasso verso il debitore concordatario con le somme riscosse dopo il deposito della domanda di concordato, salva l'ipotesi in cui vi sia uno specifico patto di compensazione anteriore all'apertura della procedura relativo alla cessione del credito, patto in base al quale la banca sia legittimata a riscuotere il credito ceduto anteriormente non già come mandataria (ossia per conto del mandante), ma come vera e propria cessionaria. Infatti, a differenza della cessione del credito, il mandato all'incasso non determina il trasferimento del credito in favore del mandatario, ma comporta l'obbligo di costui di restituire al mandante la somma riscossa, obbligo che sorge non al momento del conferimento del mandato, ma all'atto della riscossione del credito medesimo, con la conseguenza che, se avvenuto in epoca successiva al deposito della domanda di concordato preventivo, non è idoneo a soddisfare il presupposto della preesistenza di entrambi i crediti contrapposti alla procedura, presupposto, questo, necessario (unitamente a quello della reciprocità, ossia al fatto di riguardare gli stessi soggetti) ai fini della compensazione in sede concorsuale."

ristrutturazione debiti.

Eros Ceccherini¹⁴⁴ afferma che debbano essere rese informazioni di carattere gestionale, operativo, strategico e comunque tutte le informazioni utili alla procedura, oltre che l'informazione sulla gestione finanziaria, la quale non è altro che un prospetto contenente le motivazioni relative alle variazioni dei crediti, dei debiti e della liquidità.

Dobbiamo comunque affermare che, a seguito della riforma apportata dal "Decreto del Fare", il dubbio relativo ai contenuti è stato in parte risolto, perché gli obblighi informativi sono comunque meglio definiti rispetto al passato¹⁴⁵.

Infatti attualmente si prevede che essi dovranno riguardare *"la gestione finanziaria dell'impresa e l'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano"*.

Afferma comunque Luigi Balestra¹⁴⁶ che, per quanto riguarda gli obblighi informativi periodici, si debba prestare attenzione a tre elementi:

- *periodicità*: la continuità informativa non deve risolversi in un pesante fardello per il debitore, per cui si dovrebbero escludere periodicità settimanali o quindicinali;
- *contenuti*: devono essere mirati, per cui farebbero storcere il naso obblighi informativi riguardanti l'intera situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- *analicità*: nel senso che si deve trattare di informazioni brevi e sintetiche, al fine di contemperare le due esigenze di tutela dei creditori e di non ostacolare l'attività del debitore.

Massimo Fabiani, pone l'accento sulla parte dell'art. 161, 8° c. l. fallim. che stabilisce la possibilità, per il Tribunale, di sentire in ogni momento i creditori. Dato però che tale facoltà è prevista in una norma congegnata per attribuire al

¹⁴⁴ E. CECCHERINI, op. cit.

¹⁴⁵ M. ARATO, op. cit. p. 101.

¹⁴⁶ L. BALESTRA, op. cit.

giudice maggiori poteri di controllo ed anche di arresto al pre-concordato, ecco che l'interpello dei creditori sembra essere funzionale per valutare se interrompere la procedura, piuttosto che per valutare se e per quanto tempo concedere il termine. Inoltre l'ipotesi interpretativa più agevole, vuole che i creditori siano sentiti nell'ambito delle sommarie informazioni, che il Tribunale può assumere ai sensi dell'art. 738 c.p.c.¹⁴⁷, piuttosto che nell'ambito di un proprio contraddittorio in cui i creditori vadano ad assumere una posizione processuale precisa.¹⁴⁸

Per quanto concerne le eventuali violazioni a tali obblighi, l'art. 161, 6° c. l. fallim. prevede che il commissario giudiziale, qualora dovesse accertare che il debitore ha posto in essere una delle condotte previste dall'art. 173 l. fallim.¹⁴⁹, deve riferirne subito al Tribunale per ottenere la dichiarazione d'improcedibilità della domanda. Si tratta di una norma sicuramente coerente con la rilevanza degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore e delle conseguenze sui diritti dei creditori che si producono a seguito del deposito del ricorso.

Nonostante la norma faccia riferimento ad un'attività del commissario giudiziale,

¹⁴⁷ Art. 738 c.p.c.: *"Il presidente nomina tra i componenti del collegio un relatore, che riferisce in camera di consiglio.*

Se deve essere sentito il pubblico ministero, gli atti sono a lui previamente comunicati ed egli stende le sue conclusioni in calce al provvedimento del presidente.

Il giudice può assumere informazioni."

¹⁴⁸ M. FABIANI, op. cit.

¹⁴⁹ Art. 173 l. fallim.: *"Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma.*

All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18.

Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato."

l'improcedibilità della domanda a seguito del compimento di una delle condotte previste dall'art. 173 l. fallim., può essere dichiarata d'ufficio, anche a seguito di un'iniziativa dei creditori.¹⁵⁰

Dopo aver recepito le indicazioni del Tribunale di Milano¹⁵¹, si prevede inoltre la possibilità per il Tribunale di abbreviare, anche d'ufficio, il termine fissato ai sensi dell'art. 161, 6° c. l. fallim. qualora dovesse accertare che l'attività del debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, ai sensi dell'art. 161, 8° c. l. fallim. Questo è sicuramente uno dei profili destinati a dare adito ai maggiori problemi. Infatti non è facile distinguere il giudizio sulla congruità dell'attività diretta alla predisposizione del piano e della proposta, da una valutazione su tali atti.

In ogni caso, l'abbreviazione del termine è preordinata alla dichiarazione di inammissibilità della domanda, che è l'esito al quale si perviene in tutti i casi in cui alla domanda non segua la presentazione del piano e della proposta.¹⁵²

Ricordiamo, prima di concludere il paragrafo, che il debitore ha comunque la possibilità di modificare la domanda di concordato preventivo con riserva, o, eventualmente sostituirla con una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, fino a quando non intervenga un fatto preclusivo che ne impedisca la modifica, e cioè prima che intervenga la decisione del giudice. Con la scelta legislativa di fissare un preciso limite temporale per la modifica della proposta, cadono e si superano le incertezze e gli argomenti minoritari, espressi precedentemente alla riforma apportata dal "Decreto Sviluppo", secondo i quali risultava possibile la modifica della proposta in senso migliorativo in qualunque momento, purchè presentata precedentemente rispetto alla

¹⁵⁰ L. SALVATO, op. cit.

¹⁵¹ M. ARATO, op. cit. p. 103.

¹⁵² L. SALVATO, op. cit.

definitiva omologazione del concordato.¹⁵³

2.2 *La fase intermedia del concordato preventivo con riserva.*

La fase intermedia del concordato preventivo con riserva, è quella fase che va dal deposito del decreto del Tribunale di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim., fino alla scadenza del termine fissato dal Tribunale stesso per il deposito della domanda definitiva di concordato, o del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Le principali attività che il debitore è chiamato a svolgere in tale fase, sono la predisposizione del piano e della proposta definitiva di concordato preventivo, o la negoziazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, e l'assolvimento degli obblighi informativi, affrontati nel paragrafo precedente, fissati dal Tribunale, ai sensi dell'art. 161, 8°c. l. fallim.

Da quanto appena affermato, emerge quindi il fatto che l'impresa continua ad esistere ed operare, per cui è necessario specificare come l'imprenditore debba comportarsi di fronte a tutta una serie di atti che questi potrebbe essere chiamato a compiere. Generalmente possiamo affermare che, aldilà degli atti di ordinaria amministrazione (che restano nell'esclusiva disponibilità del debitore), per quanto concerne quelli di straordinaria amministrazione, la possibilità di contrarre nuovi debiti, di pagare i creditori pregressi e di ottenere la sospensione e lo scioglimento dei contratti pendenti, risulterà sempre necessaria l'autorizzazione del Tribunale.¹⁵⁴

Andiamo quindi ad affrontare nello specifico ogni singola situazione.

Partendo dagli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, l'art. 161, 7° c.

¹⁵³ E. FRASCAROLI SANTI "Concordato preventivo e creditori postergati", in Fallimento, 2013, 7, 882.

¹⁵⁴ M. ARATO, op. cit. p. 108.

l. fallim.¹⁵⁵ afferma che il debitore potrà compiere liberamente gli atti di ordinaria amministrazione (ma nel caso di nomina di commissario giudiziale, questi dovrà vigilarvi), mentre per quelli di straordinaria amministrazione sarà necessario, non solo che questi siano autorizzati dal Tribunale, ma anche che presentino il requisito dell'urgenza. Tale disposizione sembra sicuramente ben equilibrata, dato che in questa fase della procedura, non è ancora ben chiaro quale sarà il percorso che l'imprenditore intenderà intraprendere, per cui vi sarebbe il rischio di un eccessivo pregiudizio nei confronti dei creditori se si prevedesse il contrario. Dobbiamo infatti ricordare che la norma dispone anche che i crediti derivanti da tali attività in tale periodo sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fallim.¹⁵⁶.

Questa norma deve essere accolta positivamente, perché va ad operare nella "terra di nessuno"¹⁵⁷.

Per quanto concerne l'urgenza, non abbiamo grossi problemi, in quanto, a seguito della pronuncia del 3 Gennaio 2013 del Tribunale di Torino, si considera come tale, l'atto che, se non compiuto immediatamente, è in grado di determinare un danno all'impresa o una mancata utilità per la massa dei

¹⁵⁵ Art. 161, settimo comma l. fallim.: *"Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111."*

¹⁵⁶ Art. 111 l. fallim.: *"Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:*
1) *per il pagamento dei crediti prededucibili;*
2) *per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;*
3) *per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa. Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali debiti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1). "*

¹⁵⁷ G. FALCONE, op. cit.

creditori.¹⁵⁸

Più problematica appare invece l'individuazione della differenza tra ordinarietà e straordinarietà dell'atto, in quanto ne manca una definizione normativa, per cui vanno a sussistere opinioni divergenti.

C'è chi si rifà alla distinzione tra "conservatività" e "potenziale disgregatorietà" dell'atto; chi caratterizza i primi per la loro "normalità"; un terzo orientamento giurisprudenziale si pone in una posizione mezzana rispetto ai due precedenti, in quanto vede gli atti di ordinaria amministrazione oscillanti tra il criterio della normalità e quello della conservatività.¹⁵⁹

Luciano Panzani condivide la giurisprudenza di merito che ha affermato che le operazioni connesse con la prosecuzione dell'ordinaria operatività che siano in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso per concordato siano da ritenersi di ordinaria amministrazione.¹⁶⁰

Eros Ceccherini¹⁶¹ e Marco Arato¹⁶², invece, ritengono che la giurisprudenza abbia ormai fatto proprio il consolidato orientamento della Corte di Cassazione sull'interpretazione dell'art. 167, 2° c. l. fallim.¹⁶³, per il quale devono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del patrimonio, e quelli che lo migliorino o anche solo lo conservino; mentre quelli di straordinaria amministrazione sono suscettibili di ridurre o gravare il patrimonio di pesi o vincoli, cui non

¹⁵⁸ M. ARATO, op. cit. p. 111.

¹⁵⁹ G. FALCONE, op. cit.

¹⁶⁰ L. PANZANI "I nuovi poteri autorizzatori del tribunale ed il sindacato di fattibilità del concordato", in Società 2013, 5, 565.

¹⁶¹ E. CECCHERINI, op. cit.

¹⁶² M. ARATO, op. cit. p. 111.

¹⁶³ Art. 167, secondo comma l. fallim.: *"I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato."*

corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti.

Anche Giovanni Giurdanella approva tale orientamento, aggiungendo che il criterio discrezionale degli atti dovrà essere appuntato sia sul patrimonio dell'impresa, che sull'attività economica, avendo sempre riguardo all'interesse sotteso della massa dei creditori.¹⁶⁴

In adesione con tale orientamento, rientrerebbero tra gli atti di ordinaria amministrazione:

- il conferimento dell'incarico da parte del debitore ai professionisti per la redazione del piano e della proposta concordataria e per la predisposizione della relazione di attestazione (Fabiani è però perplesso riguardo a questa soluzione¹⁶⁵);
- la continuazione dell'utilizzo delle linee di credito di c.d. "autoliquidante" a breve termine concesse dagli istituti di credito;
- l'avvio delle procedure di licenziamento collettivo;
- l'avvio della procedura di mobilità;
- il pagamento ai dipendenti delle spettanze antecedenti il deposito della domanda di concordato con riserva.

Tra gli atti di straordinaria amministrazione avremmo invece:

- la stipula di una transazione;
- la stipula di contratti di subappalto;
- la stipula di un contratto definitivo di compravendita.

Ricordiamo però che, mentre teoricamente la distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, può sembrare netta, nella pratica vi potrebbero essere operazioni che risiedono in zone d'ombra non facilmente identificabili, per il fatto, ad esempio, che un atto nella fase liquidatoria potrebbe risultare

¹⁶⁴ G. GIURDANELLA "La gestione ordinaria dell'impresa nella fase interinale del concordato preventivo con riserva" in Fallimento, 2014, 3, 345.

¹⁶⁵ M. FABIANI, op. cit.

straordinario, mentre in una fase di normale gestione potrebbe risultare ordinario. Oppure tale ambiguità potrebbe anche sussistere a causa delle varie tipologie di impresa esistenti.¹⁶⁶

Data questa ambiguità potrebbe benissimo capitare che un atto venga compiuto sul presupposto della sua ordinarietà, e poi, durante la procedura di pre-concordato, il tribunale venga a conoscenza del compimento di un atto che invece qualifica come eccedente l'ordinaria amministrazione. Che cosa succede quindi all'atto viziato? Fabiani sostenne, inizialmente, la necessità di sanzionare l'atto con l'inefficacia: sarebbe rimasto valido ma non avrebbe prodotto effetti nei confronti del concordato, e quindi dei creditori. Se dall'atto, per esempio, fosse sorto un credito, il diritto al pagamento in prededuzione non sarebbe spettato.

Alla luce però delle modifiche introdotte dal "Decreto del Fare", Fabiani sostiene la necessità di dichiarare l'improcedibilità del pre-concordato: come il compimento di un atto di straordinaria amministrazione privo di autorizzazione ex art. 167 l. fallim., conduce alla revoca del concordato, così il compimento di un atto di straordinaria amministrazione privo di autorizzazione ex art. 161, 6° c. l. fallim., conduce alla dichiarazione di improcedibilità del pre-concordato.¹⁶⁷

Sulla stessa lunghezza d'onda si trova Giurdanella¹⁶⁸ il quale ritiene che, attraverso un'interpretazione sistematica del 7° ed 8° comma dell'art. 161 l. fallim., debba dichiararsi inammissibile quella domanda di concordato preventivo con riserva, non solo qualora siano stati violati gli obblighi informativi periodici, ma anche nel caso in cui siano stati compiuti, senza la previa autorizzazione del Tribunale, atti di straordinaria amministrazione. Con la conseguenza che, qualora vi dovesse essere un'istanza o una richiesta di fallimento, questo dovrà essere dichiarato in presenza dei presupposti di cui agli art. 1 e 5 l. fallim.

¹⁶⁶ E. CECCHERINI, op. cit.

¹⁶⁷ M. FABIANI, op. cit.

¹⁶⁸ G. GIURDANELLA op. cit.

Inoltre, gli eventuali crediti sorti a seguito del compimento di tali atti non autorizzati, non sarebbero prededucibili, né nell'ambito del concordato preventivo, né nell'ambito dell'eventuale successiva procedura fallimentare.

Fermo quanto affermato finora, ricordiamo che al fine di ottenere l'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione, risulterà necessario che l'imprenditore vada a fornire precise indicazioni sulla natura del percorso che vorrà intraprendere, sulla natura dell'atto, sulle ragioni per cui ne richiede l'autorizzazione e sugli effetti che tale atto comporterà sulla successiva procedura di concordato preventivo. Ecco quindi che la richiesta del debitore sarà respinta laddove questa sia presentata in maniera troppo generica.¹⁶⁹

Sarà quindi possibile un'indagine da parte del Tribunale circa l'effettiva utilità degli atti di straordinaria amministrazione richiesti dal debitore¹⁷⁰.

Tema particolarmente complesso e discusso, è invece quello relativo alla sospensione e allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione.

Fino all'emanazione del "Decreto Sviluppo" (D. L. n. 134/2012) era assente una specifica disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo, e l'opinione prevalente era orientata a ritenere che i rapporti pendenti al momento di deposito della domanda di concordato preventivo con riserva, proseguissero normalmente e che essi fossero sottoposti alla normale disciplina civilistica dei contratti.

Il suddetto Decreto, ha però introdotto l'art. 169 bis l. fallim¹⁷¹ (integrato dall'art.

¹⁶⁹ M. ARATO, op. cit. p. 115.

¹⁷⁰ L. PANZANI, op. cit.

¹⁷¹ Art. 169 bis l. fallim.: *"Il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno*

186 bis, 3°, 4°, 5° c. l. fallim¹⁷² per quanto concerne l'ipotesi di concordato con continuità¹⁷³), il quale affronta, per la prima volta, il tema dei contratti pendenti nel concordato preventivo.

Con tale articolo il legislatore ha cercato di dare una disciplina della situazione che vada a contemperare le esigenze conflittuali dei diversi soggetti coinvolti.

Vanno infatti ad essere bilanciati:

- l'interesse del contraente *in bonis* alla regolare esecuzione del contratto;
- l'interesse dei creditori concorsuali a non subire i costi della prosecuzione del contratto;
- l'interesse dell'impresa debitrice a realizzare il piano concordatario senza che il vincolo dei contratti pendenti ne ostacoli la realizzazione.¹⁷⁴

conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato.

Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72-ter e 80, primo comma."

¹⁷² Art. 186 bis, terzo, quarto e quinto comma l. fallim.: *"Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni. Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale.*

L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163."

¹⁷³ G. BOZZA, op. cit.

¹⁷⁴ M. ARATO, op. cit. p. 118.

Da un lato, si consente al debitore di sciogliere o sospendere temporaneamente (per un massimo di 60 giorni prorogabili una sola volta) l'esecuzione dei contratti che ostacolano il processo di riorganizzazione, mentre dall'altro il contraente *in bonis*, che subisce la sospensione o lo scioglimento del contratto, avrà diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento che verrà riconosciuto come credito anteriore al concordato.

Il Tribunale di Milano, ha comunque affermato nella pronuncia del 19 Marzo 2013, come nell'ipotesi di concordato preventivo con riserva, debba ritenersi inammissibile l'istanza di scioglimento o sospensione dei contratti bancari di conto corrente e di anticipazione bancaria pendenti, in quanto le operazioni effettuate ai sensi e nei limiti dei contratti vigenti, rappresentano atti di ordinaria amministrazione e sono legalmente compiuti ai fini e per gli effetti di cui all'art. 161, 7° c. l. fallim. se ricadenti in periodo successivo alla domanda.

Nonostante l'art. 169 bis l. fallim. non utilizzi la stessa formula dell'art. 72 l. fallim.¹⁷⁵, il quale parla di contratti ancora ineseguiti o comunque non

¹⁷⁵ Art. 72 l. fallim.: *“Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto.*

Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto.

La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'art. 72-bis.

In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno.

L'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V.

Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento.

In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis del codice civile, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'art. 2775-bis del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso

compiutamente eseguiti da entrambe le parti, si ritiene che sia proprio a questi che il suddetto art. 169 bis l. fallim. debba riferirsi, perché se le parti avessero già integralmente adempiuto alla prestazione a proprio carico, rimarrebbe un credito che potrà essere incluso tra quelli da soddisfare nel concordato.¹⁷⁶

Tuttavia, in materia è intervenuta la Corte d'Appello di Genova che, con la pronuncia del 10 Febbraio 2014, ha stabilito che tale articolo debba trovare applicazione anche nel caso in cui una delle parti abbia già adempiuto alla propria prestazione.¹⁷⁷ Quest'interpretazione rischia di minare la certezza dei rapporti giuridici, e quindi la fiducia degli operatori nel proseguire regolarmente i rapporti con l'imprenditore in crisi.¹⁷⁸

Si comprende comunque, da questa prima argomentazione, come il legislatore abbia implicitamente confermato la regola precedente alla riforma attuata dal "Decreto Sviluppo", e cioè che la sospensione o lo scioglimento di un contratto pendente costituiscono un'eccezione che dovrà trovare applicazione solamente nei casi strettamente necessari.¹⁷⁹

Tale tesi è sostenuta anche da Paolo Vella che ritiene che allo scioglimento dei contratti si debba giungere solamente nei casi di effettiva e concreta funzionalità alla migliore soluzione della crisi e a vantaggio della massa dei creditori.¹⁸⁰

abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente."

¹⁷⁶ G. BOZZA, op. cit.

¹⁷⁷ www.ilcaso.it: "Può essere autorizzato lo scioglimento dei rapporti pendenti ai sensi dell'art. 169 bis l.f. anche nell'ambito di un procedimento di concordato con riserva. Lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo può essere autorizzato anche con riferimento a contratti di anticipo fatture nei quali la banca abbia già eseguito pressoché interamente la propria prestazione.

Gli effetti del provvedimento del tribunale che autorizza il debitore a valersi dello scioglimento dai rapporti pendenti ai sensi dell'art. 169 bis decorrono solo dal momento in cui il debitore comunica al proprio creditore di voler esercitare tale facoltà: tale dichiarazione di volontà è implicita nella notifica del provvedimento giudiziale che autorizza il debitore allo scioglimento."

¹⁷⁸ G. NARDECCHIA in "Il Sole 24 Ore", 19 Maggio 2014, p. 34.

¹⁷⁹ M. ARATO, op. cit. p. 118.

¹⁸⁰ P. VELLA, op. cit.

La giurisprudenza e la dottrina prevalenti, sono concordi nel ritenere che la disciplina di cui all'art. 169 bis l. fallim. trovi applicazione anche nel concordato preventivo con riserva, nonostante tale norma non menzioni espressamente il ricorso di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim., e nonostante la procedura del concordato preventivo con riserva possa sfociare anche nel ricorso per l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fallim. la quale presuppone necessariamente la continuazione dei rapporti pendenti.¹⁸¹

Tra coloro che sostengono la conciliabilità tra i due istituti vi è Paolo Vella¹⁸², il quale afferma che, per il fatto che non sussistono forti argomenti letterari contrari all'applicazione dell'art. 169 bis l. fallim. al concordato preventivo con riserva, la vasta discrezionalità prevista dalla formulazione della norma, dovrà essere prudentemente colmata dal giudice. Ad esempio egli potrà: pretendere una maggiore ed adeguata allegazione di fatti, documenti e circostanze da parte del debitore; avvalersi dell'ausilio di esperti al fine di valutare l'impatto dello scioglimento del contratto sulla proposta concordataria; suscitare il contraddittorio con la controparte interessata; escludere l'autorizzazione in mancanza di elementi sufficienti per valutarne la fondatezza; preferire la soluzione della sospensione rispetto allo scioglimento sempre che ne sussistano i requisiti.

Allo stesso modo, Luciano Panzani sostiene come la tesi per cui, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti pendenti non potrebbe essere concessa nell'ambito del concordato preventivo con riserva per il fatto di non conoscere ancora il piano, risulterebbe contraria allo stesso disposto normativo.¹⁸³

E' però sicuramente necessario riportare almeno un orientamento

¹⁸¹ M. ARATO, op. cit. p. 130.

¹⁸² P. VELLA, op. cit.

¹⁸³ L. PANZANI, op. cit.

controcorrente; quello di Giuseppe Bozza.¹⁸⁴

Egli afferma, innanzitutto, come il 1° c. dell'art. 169 bis l. fallim. sia tutt'altro che ambiguo, per cui la richiesta di scioglimento dovrà essere contenuta nel ricorso introduttivo, e non potrà essere presentata successivamente al giudice delegato, il quale invece potrà solo concedere l'autorizzazione una volta nominato, quando il Tribunale non vi abbia ancora provveduto.

Si tratterebbe di un'ipotesi sostenuta dal fatto che, se il debitore potesse sciogliersi anche dai contratti non indicati nel ricorso, egli si troverebbe a godere della massima discrezionalità nell'utilizzare i vantaggi dei vari contratti, fino al momento che ritiene più opportuno, per poi sciogliersi una volta esaurite le utilità, pagando l'indennizzo, senza che il contraente in bonis, già privato degli strumenti di autotutela di cui agli art. 1460¹⁸⁵ e 1461¹⁸⁶ c.c., possa in qualche modo imporre alla controparte in concordato, un termine entro cui far conoscere la propria scelta.

Il problema è dato dal fatto che, per quanto riguarda lo scioglimento dei contratti nell'ambito del concordato preventivo con riserva, non abbiamo nessuna norma che regola tale situazione. Bozza afferma che tale silenzio sia stato consapevolmente voluto dal legislatore al fine di escludere l'applicabilità della possibilità di scioglimento dei contratti, all'ipotesi di concordato preventivo con riserva.

I motivi per cui Bozza sostiene tale inammissibilità sono i seguenti:

- dato che l'art. 169 bis l. fallim. è stato introdotto con il "Decreto Sviluppo", il silenzio del legislatore non può essere interpretato come frutto di una

¹⁸⁴ G. BOZZA, op. cit.

¹⁸⁵ Art. 1460 c.c.: *"Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede."*

¹⁸⁶ Art. 1461 c.c.: *"Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia."*

dimenticanza, e ciò comporta, di conseguenza, una netta distinzione dagli art. 168¹⁸⁷ e 169¹⁸⁸ l. fallim. i quali, invece, nonostante il silenzio normativo, sono applicati all'ipotesi di concordato preventivo con riserva;

- come precedentemente affermato, la richiesta di scioglimento deve essere formulata nel ricorso, ma questa è una situazione in cui il debitore non ha ancora chiara la strategia da seguire, per cui si posizionerebbe in un momento asintotico;

- il legislatore non ha previsto per la fattispecie dei contratti pendenti, come nei casi di finanziamenti e pagamenti di crediti anteriori, alcuna attestazione sull'utilità dello scioglimento, e la funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, cosa che porterebbe ad un notevole imbarazzo;

- non si può accettare di far rientrare lo scioglimento dei contratti tra gli atti di straordinaria amministrazione ex art. 161, 7° c. l. fallim., per la presenza di un profilo d'inconciliabilità: infatti i crediti sorti dagli atti di straordinaria amministrazione risultano essere prededucibili ex art. 111 l. fallim., mentre quelli derivanti dallo scioglimento di un contratto, ai sensi dell'art. 169 bis l. fallim., vanno soddisfatti come anteriori al concordato. Le norme relative agli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, ai finanziamenti e ai pagamenti dei creditori strategici generano crediti prededucibili, mentre lo scioglimento dei contratti genera crediti concorsuali;

- la definitività dello scioglimento del contratto mal si concilierebbe con la provvisoria del concordato preventivo con riserva dove il giudice dispone

¹⁸⁷ Art. 168 l. fallim.: *"Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.*

Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano.

I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente. Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato."

¹⁸⁸ Art. 169 l. fallim.: *"Si applicano, con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato, le disposizioni degli articoli 45, (2) 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63."*

solamente di una semplice richiesta di un termine, per cui rischierebbe di tramutarsi in un facile espediente per liberarsi dai contratti onerosi senza eccessivi rischi;

- alla scadenza del termine, il debitore potrebbe anche depositare una domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione, con conservazione fino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso del concordato con riserva, e ciò sarebbe inconciliabile con la definitività dello scioglimento dei contratti;
- le incompatibilità si accentuano ulteriormente quando il pre-concordato si innesta nella previsione di un concordato con continuità, nel quale, più che in altri casi, si presenta l'utilità di operare sui rapporti giuridici pendenti.

Per quanto riguarda, la sospensione dei contratti, Giuseppe Bozza sostiene che manchi una delle motivazioni che hanno portato a ritenere incompatibile lo scioglimento dei contratti pendenti, con l'istituto del concordato preventivo con riserva.

Nell'ambito della sospensione dei contratti, infatti, non sussiste la definitività, dato che la sospensione ha una durata limitata di 60 giorni, prorogabili una sola volta di altri 60 giorni.

Tuttavia, tutti gli altri impedimenti risultano essere presenti, per cui, nonostante l'utilità che potrebbe derivare dall'applicazione dell'istituto della sospensione dei contratti al concordato preventivo con riserva, egli si dichiara contrario alla compatibilità tra i due istituti.

Come già precedentemente affermato si tratta di una teoria minoritaria, dato che la giurisprudenza è pressoché unanime nel ritenere applicabile all'istituto del concordato preventivo con riserva, lo scioglimento, o la sospensione del contratto.

Affrontati entrambi gli orientamenti relativi all'applicazione dell'art. 169 bis l. fallim. alla situazione di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim., proseguiamo nell'analisi della situazione.

Una questione che si presenta, a causa del silenzio dell'art. 169 bis l. fallim., è quella riguardante il criterio in base al quale il Tribunale deve orientare la propria decisione circa l'ammissibilità o meno della sospensione/scioglimento di un contratto in corso d'esecuzione.

Un precedente giurisprudenziale riteneva che non sussistesse nessun criterio, dato che si trattava di un diritto potestativo riconosciuto al debitore.

Un secondo e più convincente orientamento, riteneva che il Tribunale dovesse valutare la richiesta in base al criterio del "miglior soddisfacimento dei creditori", ma tale tesi è stata disattesa da un precedente giurisprudenziale che riteneva che tale criterio potesse avere un senso solo nei casi in cui tutti i creditori avessero il medesimo interesse, o comunque nei casi in cui i creditori potessero essere considerati nel loro insieme (come avverrebbe nei casi dell'art. 182 quinquies l. fallim¹⁸⁹).

Questo terzo orientamento (cioè il precedente giurisprudenziale), quindi,

¹⁸⁹ Art. 182 quinquies l. fallim.: *"Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.*

L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative.

Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quarto comma, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67."

sosteneva che il Tribunale dovesse limitarsi a verificare la non contraddittorietà fra il piano e la richiesta di scioglimento, e la sussistenza delle condizioni formali cui la legge subordina lo scioglimento, ma anche esso è criticabile in quanto non tiene conto del fatto che i creditori non sono portatori di un unico interesse neanche nel caso dell'art. 182 quinquies l. fallim., ed inoltre non si capisce per quale motivo il criterio del miglior soddisfacimento dei creditori che caratterizza lo stesso art. 182 quinquies l. fallim., non possa essere applicato nell'ambito dell'art. 169 bis l. fallim.

Ecco quindi che il criterio in base al quale il Tribunale dovrà orientare la propria scelta circa la sospensione o lo scioglimento dei contratti in corso d'esecuzione, sarà proprio il maggior soddisfacimento dei creditori.¹⁹⁰

A tal proposito, si ritiene inoltre necessario che il debitore operi una parziale *disclosure* circa il tipo di concordato proposto, al fine di consentire al Tribunale, il vaglio della sussistenza dei presupposti per lo scioglimento o la sospensione, che comportano benefici per l'imprenditore, ma sacrifici per la controparte contrattuale.¹⁹¹

Bisogna a questo punto effettuare una distinzione: per quello che riguarda i contratti ad esecuzione istantanea, con questi il debitore assume in prededuzione tutte le obbligazioni derivanti dal contratto a causa del principio d'inscindibilità delle prestazioni; per quanto concerne, invece, i contratti di durata ad esecuzione periodica, dato che questi si caratterizzano per la scindibilità, le prestazioni precedenti ineseguite, saranno soddisfatti come anteriori al concordato.

Altro aspetto da affrontare è quello riguardante la durata massima della proroga, in ipotesi di sospensione del contratto, visto il silenzio dell'art. 169 bis l. fallim. In questo caso la giurisprudenza è pressoché unanime nel ritenere che tale termine non possa superare i 60 giorni, dato che sembrerebbe irragionevole prevedere una proroga per un periodo maggiore rispetto alla durata della sospensione.

¹⁹⁰ M. ARATO, op. cit. p. 121.

¹⁹¹ L. PANZANI, op. cit.

Ci si deve poi interrogare circa la possibilità per il contraente *in bonis* di sospendere la propria prestazione. Se parte della dottrina ha concesso tale possibilità a questo soggetto, un'altra è risultata contraria a tale orientamento, in quanto solo in questo modo sarebbe possibile salvaguardare l'intenzione del legislatore di indennizzare il contraente *in bonis* per il mancato adempimento da parte del debitore.

Proprio per quanto riguarda la determinazione dell'indennizzo da riconoscere al contraente *in bonis*, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno rilevato che il debitore dovrà inserire il relativo debito nel passivo concordatario, con decisione da parte del giudice nel solo caso in cui venga a crearsi una controversia originata da un dissenso da parte dello stesso contraente *in bonis*. Al fine, il Tribunale, prima di pronunciarsi sull'istanza di scioglimento o sospensione dei contratti pendenti, dovrà instaurare un contraddittorio tra il debitore ed il contraente *in bonis*, affinché quest'ultimo esprima valutazioni, considerazioni ed eventualmente ragioni di opposizione.¹⁹²

Un'ultima questione da specificare è la sorte dei contratti in corso alla data di deposito della domanda di concordato in bianco, nel caso in cui a questo, faccia seguito un concordato con continuità aziendale. In questo caso è da ritenere che i contratti proseguono, ai sensi dell'art. 186 bis, 3° c. l. fallim.¹⁹³ purchè, nei termini di legge, sia presentato un piano di concordato con continuità aziendale corredato dalle informazioni e dall'attestazione di cui all'art. 186 bis l. fallim¹⁹⁴. In

¹⁹² M. ARATO, op. cit. p. 130.

¹⁹³ Art. 186 bis, terzo comma l. fallim.: *"Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni."*

¹⁹⁴ Art. 186 bis l. fallim.: *"Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche*

manca gli effetti della continuità contrattuale verranno meno e la disciplina della prosecuzione del contratto sarà quella ordinaria.¹⁹⁵

di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Nei casi previsti dal presente articolo:

- a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;*
- b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;*
- c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.*

Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.

Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale.

L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

- a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;*
- b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.*

Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato."

¹⁹⁵ L. STANGHELLINI "Il concordato con continuità aziendale", in Fallimento, 2013, 10, 1222.

Affrontiamo adesso il tema relativo alla possibilità, per il debitore, di contrarre nuovi finanziamenti. Questa è una possibilità fondamentale, in quanto costituisce uno degli elementi principali di qualunque piano di ristrutturazione che preveda la continuazione dell'attività d'impresa.

Prima delle modifiche apportate dal "Decreto Sviluppo", la disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi era contenuta solo nell'art. 182 quater l. fallim.¹⁹⁶, il quale consentiva al debitore di poter beneficiare di finanziamenti che potevano essere effettuati solo in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (c.d. finanziamenti esecutivi), oppure di finanziamenti finalizzati alla presentazione della domanda di concordato preventivo o di omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti (c.d. finanziamenti funzionali).¹⁹⁷ Rimenavano quindi esclusi i finanziamenti da effettuarsi nel periodo intercorrente fra il deposito della domanda di concordato preventivo e l'omologa, tanto che alcuni autori avevano fatto ricorso all'art. 167 l. fallim. in modo tale che il debitore potesse chiedere l'autorizzazione alla concessione di finanziamenti, inquadrando questi nell'alveo degli atti di straordinaria amministrazione.

Tale lacuna è stata colmata con il "Decreto Sviluppo", il quale ha introdotto l'art.

¹⁹⁶ Art. 182 quater l. fallim.: *"I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.*

Sono parificati ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato. In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.

Con riferimento ai crediti indicati al secondo comma, i creditori, anche se soci, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma."

¹⁹⁷ M. ARATO, op. cit. p. 139.

182 quinquies, e, più in particolare i commi 1°, 2° e 3°¹⁹⁸, che sono quelli che a noi interessano.

Si prevede, per l'appunto, che il debitore possa contrarre nuovi finanziamenti che godono del beneficio della prededuzione (disposizione prevista al fine di incentivarne il ricorso, in quanto va ad assicurare un adeguato livello di certezza alla prospettiva del loro rimborso, colmando così la lacuna precedentemente presente), a condizione che l'esperto di cui all'art. 67, 3° c. lett. d) l. fallim.¹⁹⁹, attesti che essi sono funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori; tali finanziamenti possono essere individuati anche solo per tipologie ed entità senza la necessità che siano già oggetto di trattative, ed inoltre, a garanzia di tali finanziamenti, possono essere costituiti pegni o ipoteche.

I finanziamenti potranno essere concessi da un qualunque soggetto, sia esso un istituto di credito che un soggetto privato.

A proposito dobbiamo aprire una piccola parentesi riguardante il finanziamento

¹⁹⁸ Art. 182 quinquies, primo, secondo e terzo comma l. fallim.: *“Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative. Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.”*

¹⁹⁹ Art. 67, terzo comma lett. d) l. fallim.: *“Non sono soggetti all'azione revocatori gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore.”*

da parte dei soci. Come sappiamo l'art. 182 quater, 3° c. l. fallim. stabilisce, in generale, che i finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare, sono prededucibili in deroga agli art. 2467²⁰⁰ e 2497 quinquies²⁰¹ c.c.

Ratio di tale norma sta nel fatto che non può essere riservato il medesimo trattamento ai soci i cui crediti per finanziamenti sono postergati ai sensi degli art. 2467 e 2497 quinquies c.c., e a coloro che acquistano tale qualità di socio solo a seguito dell'esecuzione del concordato, il cui successo è assicurato proprio dai loro finanziamenti.²⁰²

Affrontando adesso il tema dei finanziamenti interinali dei soci, il quadro cambia, perché l'art. 182 quinquies l. fallim. non riporta niente a riguardo. A seguito di tale silenzio normativo, tale tipologia di finanziamenti interinali non gode del criterio della prededucibilità e vede anzi applicarsi il criterio generale previsto dagli art. 2467 e 2497 quinquies c.c.

L'art. 182 quinquies l. fallim. attribuisce quindi il beneficio della prededuzione ai finanziamenti, esigendo però che la conclusione dei contratti di finanziamento sia autorizzata dal Tribunale, e che l'esperto attentatore verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione e la funzionalità di tali finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori.²⁰³ Da ciò si evince come la ratio di tale norma risulti essere il mantenimento in vita dell'impresa, che molto

²⁰⁰ Art. 2467 c.c.: *"Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito.*

Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento."

²⁰¹ Art. 2497 quinquies c.c.: *"Ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'articolo 2467."*

²⁰² A. DIDONE "La prededuzione dopo la l. n. 134/2012", in *Fallimento*, 2013,8, 913.

²⁰³ I. LIBERO NOCERA "Finanziamenti prededucibili ex art. 182 quinquies", in *Fallimento* 2013, 12, 1463.

spesso, in passato, era stato compromesso dall'impossibilità di acquisire beni e servizi essenziali.

Punto centrale della disciplina dei c.d. finanziamenti interinali, è l'attestazione speciale che deve essere rilasciata dall'esperto: egli dovrà rilasciare una relazione che attesti che l'erogazione dei finanziamenti conduce ad un risultato maggiormente vantaggioso, rispetto all'alternativa di assenza di finanziamenti, e per fare ciò l'esperto professionista dovrà tenere conto del peso finanziario della prededuzione di cui godrebbero i finanziatori, e quindi del loro impatto sul generale quadro creditorio. Sarà ben possibile che i finanziamenti, infatti, diminuiscano sensibilmente la soddisfazione degli altri creditori, riducendo perciò l'attrazione per la soluzione prescelta.

E' perciò ovvio che il giudice andrà a censurare la relazione di quel professionista che si sia limitato ad effettuare affermazioni generiche; l'esperto deve verificare sia l'utilità del finanziamento rispetto agli obiettivi del piano che la ragionevole probabilità di ottenere un miglior soddisfacimento per i creditori.

Nel caso più specifico del concordato preventivo con riserva, è però ovvio che l'istanza anticipatoria non risulta, nella pratica, conciliabile con la richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti, ai sensi dell'art. 182 quinquies l. fallim. Infatti, parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto generica e quindi inammissibile l'istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti, laddove manchino elementi da cui desumere la ragionevolezza dell'aggravamento dell'esposizione del debitore.

Un orientamento dottrinale ha invece affermato che la ratio agevolativa della norma, cioè il consentire l'accesso ai finanziamenti in tempi rapidi, farebbe concludere nel senso che al Tribunale sarebbe demandato un mero controllo di legittimità sostanziale.

Secondo un'altra impostazione, bisognerebbe invece distinguere caso per caso, in quanto non esiste un principio unico, applicabile in qualunque occasione a prescindere dalle circostanze, dato che in alcuni casi limite può non essere prevista alcuna ulteriore informazione sul contenuto del piano per consentirne

l'autorizzazione, mentre in altri casi sarà necessario valutare la richiesta di finanzia alla luce almeno della tipologia di piano, oppure anche alla luce di un piano completo.²⁰⁴

Contrario all'idea che non sia possibile applicare, nella pratica, la disciplina dei finanziamenti all'istituto del concordato preventivo con riserva, è Luciano Panzani, in quanto questi sostiene come la mancanza di un piano possa essere supplita dalla parziale *discovery* che il debitore dovrà fare del proprio progetto di risanamento e ristrutturazione.²⁰⁵

A seguito della sentenza 23 Gennaio 2013, n. 1521 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁰⁶, si è però affermato che, il controllo giudiziale debba andare a

²⁰⁴ A. DIDONE, op. cit.

²⁰⁵ L. PANZANI, op. cit.

²⁰⁶ www.ilcaso.it: *“Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando tale giudizio escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, la quale deve essere intesa come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, ma deve comunque essere finalizzata, da un lato, al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, dall'altro, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori.*

Nel concordato preventivo, il professionista attestatore ha il compito di certificare la veridicità dei dati rappresentati dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto, fornendo dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall'interno, elementi, questi, che il giudice potrebbe altrimenti acquisire soltanto nominando un consulente tecnico. Il professionista attestatore, pur non essendo un consulente del giudice, deve, pertanto, avere caratteristiche di indipendenza (significativamente rafforzate dalla sanzioni penali di cui all'articolo 236 bis, legge fallimentare) e professionalità tali da garantire una corretta attuazione del dettato normativo.

Benché, nel concordato preventivo, al professionista attestatore sia demandato il compito di certificare la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto, occorre precisare che il controllo del giudice su questi aspetti non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica della motivazione offerta dal professionista anche sotto il profilo del collegamento effettivo tra i dati riscontrati ed il giudizio espresso; il giudice può, infatti, discostarsi dal giudizio espresso dal professionista, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario.

Premesso che la fattibilità del piano di concordato non deve essere confusa con la convenienza della proposta (vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al tribunale e riservato ai creditori), occorre precisare che la fattibilità, intesa come una prognosi circa la possibilità di

realizzarsi, in primo luogo, attraverso la verifica dell'idoneità della documentazione prodotta alla funzionalità di fornire elementi di giudizio ai creditori, i quali dovranno quindi ricevere una puntuale informazione circa dati, verifiche interne e connesse valutazioni.

Da ciò si ricava che, qualora il giudice dovesse essere chiamato ad autorizzare la

realizzazione della proposta nei termini prospettati, implica una ulteriore distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica. La verifica della fattibilità giuridica spetta sicuramente al giudice, il quale dovrà esprimere un giudizio negativo sull'ammissibilità della proposta quando le sue modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili. È, invece, di competenza esclusiva dei creditori il giudizio in ordine alla fattibilità economica del concordato, posto che questa valutazione consiste in un giudizio prognostico che comporta margini di opinabilità e possibilità di errore che si traducono inevitabilmente in un fattore di rischio per i soggetti interessati; è quindi ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto del concordato preventivo, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori.

Allo scopo di individuare i margini di intervento del giudice nell'ambito a lui riservato della valutazione della fattibilità giuridica del concordato, occorre individuare la causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, intendendosi per causa concreta le modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti del procedimento intendono realizzare la composizione dei rispettivi interessi. Poiché, tuttavia, il legislatore non ha inteso predeterminare il contenuto della proposta e non è, quindi, possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini dell'intervento del giudice, si dovrà tener conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria, fermo restando che la proposta di concordato deve necessariamente avere ad oggetto il superamento della crisi e la soddisfazione in qualche misura dei creditori.

Nel concordato preventivo, il controllo del giudice sulla fattibilità del concordato deve essere effettuato verificando l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria di fornire elementi di giudizio ai creditori, sia accertando la fattibilità giuridica della proposta (si pensi, a titolo esemplificativo, alla cessione di beni altrui), sia infine valutando l'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura consistente nella regolazione della crisi e nella soddisfazione almeno parziale dei creditori nel rispetto dei termini di adempimento previsti, profilo, quest'ultimo, che incide sulla valutazione della proposta nel suo complesso e di conseguenza sul giudizio di fattibilità del concordato.

Nel concordato preventivo con cessione dei beni, non rientra nell'ambito del giudizio di fattibilità esercitabile dal giudice un sindacato sull'aspetto pratico ed economico della proposta e, quindi, sulla correttezza della indicazione della misura di soddisfacimento percentuale offerta ai creditori. In questo tipo di concordato, infatti, la percentuale di pagamento eventualmente prospettata non è vincolante, non essendo prescritta da alcuna disposizione ed essendo al contrario sufficiente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscono la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore, fatta ovviamente salva la possibilità che il debitore assuma una specifica obbligazione in tal senso.

Affinché i creditori possano esprimere il giudizio loro riservato sulla convenienza economica della proposta di concordato, concorrendo così a garantire il giusto esito della procedura, è necessario che essi ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni, incombenti, questi, che assumono un ruolo centrale nello svolgimento della procedura ed ai quali debbono provvedere dapprima il professionista attestatore (rispetto al quale il d.l. 83 del 2012, oltre a sottolinearne la necessaria indipendenza, ha introdotto pesanti sanzioni nel caso di falsità nelle attestazioni o nelle relazioni), in funzione dell'ammissibilità al concordato, e successivamente il commissario giudiziale prima dell'adunanza dei creditori ai fini del voto."

conclusione dei contratti di finanziamento prededucibili, egli dovrà esimersi dal riscontrare direttamente la funzionalità del finanziamento, ma dovrà anzi riscontrare che la relazione del professionista sia preceduta dal computo del fabbisogno finanziario e tenga conto di tale calcolo sino all'omologazione, e che presenti i requisiti di completezza e coerenza.²⁰⁷

L'art. 182 quinquies l. fallim. non sancisce espressamente che la relazione del professionista debba contenere anche l'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali. Come però affermato dal Tribunale di Terni nella pronuncia del 16 Gennaio 2013²⁰⁸, non si riscontrano ragioni per cui l'attestazione sulla veridicità

²⁰⁷ I. LIBERO NOCERA, op. cit.

²⁰⁸ www.ilcaso.it: "L'autorizzazione a contrarre i finanziamenti previsti dall'articolo 182 quinquies, legge fallimentare può essere richiesta anche in pendenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, comma 6, in seguito alla presentazione di domanda di concordato preventivo con riserva.

Sebbene non espressamente menzionata dall'articolo 182 quinquies, comma 1, legge fallimentare, l'attestazione della veridicità dei dati aziendali costituisce un passaggio imprescindibile dell'attestazione richiesta al professionista dalla medesima norma della funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori, con la precisazione che eventuali ragioni di urgenza e tempestività che connotano l'erogazione di nuova finanza non consentono una deroga alla serietà ed al rigore che devono accompagnare i controlli giudiziali previsti dalla legge, essendo onere del debitore allestire tempistiche e scansioni organizzative idonee al perseguimento del risultato voluto.

La funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori dei finanziamenti contemplati dall'articolo 182 quinquies, legge fallimentare deve essere rapportata ai valori patrimoniali attivi e passivi dell'impresa debitrice e l'idoneità allo scopo dei finanziamenti in questione può ritenersi sussistente quando: a) si generi un reddito positivo con conseguente incremento del valore del patrimonio aziendale (aumento dell'attivo / diminuzione del passivo / incremento indiretto del valore patrimoniale, come ad esempio dell'avviamento); b) si generi una perdita, ma ciò nonostante il patrimonio aziendale non subisca una riduzione non tanto sul piano meramente contabile ma in termini di valore realizzabile e destinabile ai creditori; al quesito deve, invece, darsi risposta negativa quando c) dalla prosecuzione dell'attività di impresa derivi una perdita e il valore di realizzo del patrimonio aziendale subisca una riduzione.

Il livello di approfondimento e di completezza della attestazione sulla veridicità dei dati aziendali richiesta dall'articolo 182 quinquies, legge fallimentare è direttamente proporzionale allo stato di avanzamento della procedura di deposito della domanda di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, tenendo presente che l'imposizione, tra gli obblighi informativi, dei report mensili dovrebbe avere proprio il fine di consentire all'attestatore - prima ancora che al tribunale cui sono destinati - di monitorare la progressione degli adempimenti necessari in vista del rispetto della scadenza del termine concesso dal tribunale a fronte della domanda di concordato con riserva.

L'attestazione della funzionalità dei finanziamenti alla migliore soddisfazione dei creditori non può limitarsi ad una generica dichiarazione che una liquidazione a stralcio dei beni successiva alla cessione dell'attività determinerebbe una riduzione del valore di trasferimento dell'azienda (circostanza, questa, della quale normalmente non si ha motivo di dubitare), dovendo, invece,

dei dati aziendali non debba essere considerato come un “*passaggio implicito ed imprescindibile dell’attestazione richiesta*”. Il professionista non potrà limitarsi ad affermare la conformità dei dati alle risultanze delle scritture contabili, ma anzi dovrà appurare la veridicità degli stessi. Ciò risulta sostenuto anche dalla modifica che ha recentemente interessato l’art. 67, 3° c. lett. d), l. fallim., la quale introduce una rigorosa responsabilità penale a carico del professionista che espone informazioni false, o omette di riferire informazioni rilevanti.

Ricordiamo che per “veridicità dei dati aziendali” si intende una “rappresentazione veritiera e corretta”, così come stabilito dall’art. 2423 c.c.²⁰⁹, intesa come “corrispondenza al vero”.²¹⁰

Per riassumere il discorso, possiamo affermare che la relazione del professionista dovrà riportare come l’assunzione di finanziamenti interinali da parte del debitore comporti un risultato vantaggioso per i creditori; dovrà attestare la veridicità dei dati aziendali e dovrà esporre chiaramente la motivazione del giudizio espresso dal professionista stesso.²¹¹

contenere una proiezione, anche numerica, degli scenari praticabili, con indicazione del fatto che nell’ipotesi alternativa a quella voluta dal debitore i creditori riceverebbero una soddisfazione inferiore. In quest’ottica, l’attestatore dovrà ovviamente considerare anche il peso finanziario della prededuzione spettante agli istituti di credito, specie a fronte di erogazioni di importi elevati, i quali potrebbero in astratto precludere o ridurre grandemente la soddisfazione degli altri creditori.”

²⁰⁹ Art. 2423 c.c.: “Gli amministratori devono redigere il bilancio di esercizio, costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa.

Il bilancio deve essere redatto con chiarezza e deve rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico dell’esercizio.

Se le informazioni richieste da specifiche disposizioni di legge non sono sufficienti a dare una rappresentazione veritiera e corretta, si devono fornire le informazioni complementari necessarie allo scopo.

Se, in casi eccezionali, l’applicazione di una disposizione degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la disposizione non deve essere applicata. La nota integrativa deve motivare la deroga e deve indicarne l’influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale, finanziaria e del risultato economico. Gli eventuali utili derivanti dalla deroga devono essere iscritti in una riserva non distribuibile se non in misura corrispondente al valore recuperato.

Il bilancio deve essere redatto in unità di euro, senza cifre decimali, ad eccezione della nota integrativa che può essere redatta in migliaia di euro.”

²¹⁰ I. LIBERO NOCERA, op. cit.

²¹¹ I. LIBERO NOCERA, op. cit.

Rimane adesso da affrontare il solo pagamento dei creditori anteriori per concludere il discorso relativo alla fase intermedia del concordato preventivo con riserva.

Tale materia, ancora più dibattuta e problematica rispetto all'autorizzazione all'assunzione di finanziamenti interinali, è disciplinata dall'art. 182 quinquies 4° c. l. fallim.²¹².

Come sappiamo l'intero art. 182 quinquies l. fallim. è stato introdotto a seguito dell'intervento del "Decreto Sviluppo", il quale però, nell'introdurre tale 4° c., non ha fatto altro che codificare un orientamento che riteneva ammissibile che:

- il debitore potesse distinguere il trattamento dei suoi creditori chirografari utilizzando l'istituto delle classi e individuando come criterio di aggregazione di una classe, la natura "strategica" dei creditori, in quanto fornitori di beni o servizi essenziali alla prosecuzione dell'attività;
- per la classe dei creditori c.d. strategici venisse previsto un soddisfacimento migliore e che di conseguenza, la par condicio creditorum venisse violata quando ciò fosse vantaggioso per i creditori nel loro complesso, purchè non fosse sovvertito l'ordine delle cause di prelazione;
- il debitore in concordato avesse la possibilità di richiedere l'autorizzazione al pagamento anticipato dei fornitori c.d. strategici ai sensi dell'art. 167 l. fallim.²¹³,

²¹² Art. 182 quinquies, quarto comma l. fallim.: *"Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori."*

²¹³ Art. 167 l. fallim.: *"Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza*

come atto di straordinaria amministrazione.²¹⁴

Dato che tale norma pone numerose questioni interpretative, andiamo ad analizzarla attentamente.

Innanzitutto si stabilisce che, affinché possa esservi, da parte del debitore, la richiesta dell'autorizzazione al pagamento dei creditori pregressi è necessario, semplicemente, che si tratti di un concordato con continuità aziendale, ex art. 186 bis l. fallim., dato che potrà essere richiesto sia nell'ambito del concordato preventivo definitivo, sia nell'ambito di un concordato preventivo con riserva. È solo avendo riguardo all'interesse dei creditori, che si giustifica l'art. 186 bis, 2° c. lett. a), b) l. fallim.²¹⁵, il quale richiede di allegare, all'istanza al giudice, un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa e delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura, e anche una relazione del professionista che attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato comporti il miglior soddisfacimento dei creditori.

Mediante tale previsione, inoltre, si va a giustificare la previsione dell'art. 186 bis, 6° c. l. fallim.²¹⁶, secondo il quale il Tribunale potrà revocare l'ammissione al concordato e dichiarare il fallimento durante la procedura, ex art. 173 l.

l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Con il decreto previsto dall'articolo 163 o con successivo decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione di cui al secondo comma."

²¹⁴ M. ARATO, op. cit. p. 146.

²¹⁵ Art. 186 bis, secondo comma, lettera a) e b) l. fallim.: *"Nei casi previsti dal presente articolo: a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura; b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori."*

²¹⁶ Art. 186 bis, sesto comma l. fallim.: *"Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento."*

fallim.²¹⁷, nel caso in cui la prosecuzione dell'attività d'impresa sia dannosa per i creditori. Ciò che è fondamentale è che l'attività d'impresa prosegua e che tale prosecuzione sia rilevante per i creditori.

Nonostante il suo tenore letterale, così come nel caso dei finanziamenti interinali precedentemente affrontati, anche qui parte della dottrina ha ritenuto non applicabile al concordato con riserva l'art. 182 quinquies, 4° c. l. fallim.

Siffatta teoria si basa sulla constatazione che il concordato preventivo con continuità aziendale si ha solamente quando:

- il piano di concordato prevede la prosecuzione dell'attività d'impresa;
- il piano contiene anche un'analitica indicazione di costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- la relazione del professionista attesta che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Questi tre elementi, fondamentali per il concordato con continuità aziendale, difetterebbero però nel concordato preventivo con riserva, dato che quest'ultimo non necessita del deposito né del piano di concordato, né della relazione del professionista.

Ecco quindi che il concordato in bianco precluderebbe la continuità aziendale sino al compimento della formulazione del piano. Tralasciando il fatto che la

²¹⁷ Art. 173 l. fallim.: *"Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma.*

All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18.

Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato."

norma, esplicitamente ammette la possibilità di una continuità aziendale nell'ambito di un concordato preventivo con riserva, tale teoria può essere facilmente superata attraverso indicazioni interpretative: infatti la prospettiva che il legislatore offre con la previsione del concordato in bianco e quello in continuità potrebbe destare qualche perplessità circa l'eccessiva disponibilità di atti, pagamenti e autorizzazioni consentiti, in una procedura dove non vi è neanche modo di accertare la legittimità e la convenienza delle iniziative assunte, facendo venire meno quella garanzia minima che deve garantire i creditori. Tuttavia, anche con riferimento a tale aspetto, non si può non riconoscere la validità del sistema imposto dal legislatore, auspicandosi che il controllo del professionista, del commissario giudiziale e del Tribunale siano particolarmente rigidi al fine di evitare facili digressioni del debitore.²¹⁸

Inoltre, escludere la possibilità di continuare l'attività aziendale nell'ambito di un concordato preventivo con riserva, comporterebbe risultati potenzialmente pregiudizievoli per il debitore e per il soddisfacimento dei creditori, dato che anche nella fase di concordato preventivo con riserva il debitore potrebbe avere l'esigenza di pagare determinati fornitori ritenuti essenziali o strategici e il cui mancato pagamento potrebbe veramente mettere a rischio la continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori concorsuali.²¹⁹

Tale orientamento è confermato anche dal Tribunale di Milano, che nella pronuncia in data 21 Dicembre 2012, ha affermato che il pagamento dei crediti sorti prima della domanda di concordato preventivo con riserva, può essere autorizzato, in costanza di procedura, nell'ipotesi prevista dall'art. 182 quinquies 4° c. l. fallim., il quale presuppone che sia presentata la domanda di concordato preventivo con continuità aziendale.²²⁰

²¹⁸ G. LO CASCIO "Il punto sul concordato preventivo", in Fallimento, 2014, 1, 7.

²¹⁹ M. ARATO, op. cit. p. 153.

²²⁰ www.ilcaso.it: "L'autorizzazione prevista dall'articolo 182 quinquies, comma 4, L.F. al pagamento dei crediti anteriori alla domanda di concordato può essere concessa solo in presenza di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186 bis L.F.. La mera prospettazione nella domanda di concordato con riserva ex articolo 161, comma 6, L.F. di

Appurato che anche nell'ambito della procedura di concordato preventivo con riserva è astrattamente configurabile la richiesta di autorizzazione al pagamento dei creditori pregressi, va però osservato come il tutto debba considerarsi subordinato alla sussistenza di stringenti condizioni:

- prima condizione, non espressamente prevista ma comunque da ritenersi necessaria, è che il debitore che ha depositato il ricorso dell'art. 161, 6° c. l. fallim., depositerà una domanda di concordato piena rispettosa di tutte le condizioni di cui all'art. 186 bis l. fallim. in modo tale che la proposta di concordato possa essere effettivamente qualificata come "con continuità aziendale". Questo comporterà, per il debitore, la necessità di fornire al Tribunale indizi univoci ed inequivocabili sul fatto che si stia attivando in tal senso, e non che depositerà un concordato preventivo esclusivamente liquidatorio. Per cui, se il Tribunale dovesse mantenere dei dubbi circa le reali intenzioni del debitore, o dovesse verificare che quest'ultimo ha compiuto atti incompatibili con un concordato con continuità aziendale, ecco che dovrà necessariamente respingere la richiesta di autorizzazione al pagamento dei creditori pregressi.

A seguito del "Decreto del Fare", tuttavia, tale compito è stato semplificato, in quanto il Tribunale potrà beneficiare dell'attività di supervisione del commissario giudiziale e quindi potrà avere informazioni che gli consentiranno di verificare che effettivamente il debitore sia orientato verso un concordato con continuità aziendale.

Nel caso in cui il debitore, nonostante abbia ottenuto l'autorizzazione al pagamento dei crediti pregressi da parte del Tribunale, depositi un ricorso per l'omologa di un accordo di ristrutturazione, si ritiene che il pagamento dei crediti pregressi non ostacoli il buon esito della procedura di omologazione, in quanto

un concordato con continuità aziendale non consente al tribunale di esprimere una valutazione sulla effettiva sussistenza dei requisiti previsti dall'articolo 186 bis per tale figura di concordato; tale valutazione può, infatti, essere compiuta solamente alla luce del piano definitivo, del quale non può farsi a meno neppure in presenza della attestazione del professionista di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d, L.F. avente ad oggetto la neutralità del pagamento rispetto alla sorte dei crediti concorsuali."

da tale pagamento non si ha nessuna violazione della par condicio creditorum. Diversamente, se il debitore, dopo aver ottenuto l'autorizzazione al pagamento dei crediti pregressi da parte del Tribunale, dovesse depositare una domanda di concordato preventivo liquidatorio, il Tribunale dovrà dichiarare inammissibile tale ricorso per carenza di presupposti, e laddove ne sussistano i presupposti, ai sensi della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 18 Aprile 2013, n. 9409²²¹, dovrà segnalare al Pubblico Ministero l'insolvenza del debitore, ai sensi dell'art. 7 l. fallim.²²², affinché venga attivato il procedimento per la dichiarazione di fallimento.

- seconda condizione è l'attestazione da parte di un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° c. l. fallim., che le prestazioni rese dai creditori per i quali si richiede l'autorizzazione al pagamento siano essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare il miglior

²²¹ www.ilcaso.it: "La formulazione di carattere generale della norma di cui all'articolo 7, L.F., nella parte in cui prevede il potere di iniziativa del pubblico ministero per la dichiarazione di fallimento anche nell'ipotesi in cui l'insolvenza risulti dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile, riconduce il potere di iniziativa del pubblico ministero alla detta segnalazione senza la previsione di eccezioni nè limiti di sorta e non consente dunque di escludere dalla relativa previsione le eventuali segnalazioni effettuate nell'ambito di procedure prefallimentari, le quali certamente rientrano nel novero dei procedimenti civili.

La trasmissione degli atti al pubblico ministero della "notitia decoctionis" effettuata dal giudice fallimentare non ha alcun contenuto decisorio, nemmeno come esito di una deliberazione sommaria, il che esclude qualsiasi coincidenza tra il contenuto della segnalazione al pubblico ministero e l'oggetto della successiva istruttoria conseguente all'iniziativa di quest'ultimo. In tale ipotesi, non è, quindi, neppure astrattamente configurabile una violazione dei principi di terzietà e imparzialità del giudice, intesi come sua equidistanza dall'oggetto del giudizio e dalle parti, anche perché l'iniziativa del pubblico ministero è del tutto autonoma ed è conseguente alla sua libera determinazione ed altrettanto libero ed autonomo risulta il successivo giudizio del tribunale immesso in un nuovo e diverso procedimento.

La ratio della disposizione di cui all'articolo 7, n. 2 L.F., la quale prevede il potere del pubblico ministero di proporre istanza di fallimento quando l'insolvenza risulti dalla segnalazione del giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile, deve essere individuata nell'intento di favorire quanto più possibile un ampio flusso informativo alla Procura della Repubblica in ragione dell'interesse pubblico alla tempestiva instaurazione di una procedura concorsuale."

²²² Art. 7 l. fallim.: "Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6: 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile."

soddisfacimento dei creditori.

La norma in esame richiede un'attestazione speciale da parte del professionista, la quale si affiancherà all'attestazione generale di cui all'art. 161, 3° c. l. fallim.²²³, che potrà essere rilasciata solamente laddove il piano e la proposta concordataria siano in uno stadio molto avanzato, perché solo in tal caso il professionista sarà in grado di poter esprimere un giudizio circa le "essenzialità" delle prestazioni per cui si chiede l'autorizzazione e la "funzionalità" di tali prestazioni ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Per quanto riguarda il criterio dell'*essenzialità*, questo lo si valuta, attraverso quattro elementi: non solo la tipologia di fornitura e la rilevanza di questa per l'attività e la continuazione dell'impresa, ma anche analizzando la possibilità di sostituire il fornitore, e di conseguenza, il poter trovare delle alternative valide e rapide al fornitore in questione.

Per quanto concerne invece il requisito della *funzionalità*, significa che il professionista dovrà certificare che il pagamento dei creditori anteriori sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, perciò l'esperto darà il proprio benestare laddove verifichi, dopo una comparazione tra la situazione in cui il pagamento avvenga e la situazione in cui ciò non si verifichi, che il pagamento dei crediti anteriori conduce ad un miglior soddisfacimento dei creditori nella misura in cui non compromette la redditività dell'impresa.

Ultimo aspetto da precisare è quello attinente all'oggetto dell'autorizzazione del Tribunale. A riguardo la giurisprudenza ha adottato una posizione restrittiva per la quale l'autorizzazione potrebbe riguardare esclusivamente il tempo del pagamento, ma non l'importo, nel senso che si avrebbe una semplice anticipazione del pagamento dei creditori antecedenti, rispetto alla fase esecutiva del concordato, dato che il creditore anteriore dovrebbe comunque

²²³ Art. 161, terzo comma l. fallim.: *"Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano."*

essere pagato nella percentuale stabilita dal piano di concordato. Tale orientamento, però, non tiene conto del fatto che l'art. 182 quinquies, 4° c. l. fallim. fa riferimento ad un'autorizzazione a pagare crediti anteriori che è del tutto svincolata dalle determinazioni del piano di concordato. Inoltre, dato che la norma in esame è applicabile anche al concordato preventivo con riserva, bisogna concludere che il pagamento dei crediti anteriori potrà avvenire anche in violazione della par condicio creditorum, e in modo del tutto svincolato dal futuro piano definitivo di concordato. Tanto che, per giustificare il tutto, si è ribadito che la disciplina di cui all'art. 182 quinquies, 4° c. l. fallim. non sia applicabile neppure in astratto alla disciplina del concordato preventivo con riserva; ipotesi assolutamente non condivisibile.²²⁴

Luigi Bottai si domanda quali siano le conseguenze di un'eventuale violazione dell'art. 182 quinquies, 4° c. l. fallim.²²⁵, dato che questo non prevede esplicitamente l'inammissibilità della domanda. Abbiamo 3 possibilità:

- Applicazione analogica dell'8° c. dell'art. 161 l. fallim., il quale disciplina gli obblighi informativi, prevedendo l'applicazione dell'art. 162 l. fallim. e quindi l'inammissibilità della proposta, in caso di violazione dei suddetti. Bottai, però, afferma come questa non sembri una strada percorribile, in quanto gli obblighi d'informazione periodici svolgono una funzione di trasparenza e di riduzione delle asimmetrie informative tra debitore e creditori, e quindi differente da quella dell'autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori. Quindi, l'applicazione di tale sanzione all'ipotesi di cui all'art. 182 quinquies, 4° c. l. fallim., sembrerebbe un'operazione forzata.
- Ricorso all'art. 173, 3° c. l. fallim.²²⁶ che rinvia all'art. 167 l. fallim. Per Bottai

²²⁴ M. ARATO, op. cit. p. 159.

²²⁵ L. A. BOTTAI "Quale sanzione per la condotta ex art. 182 quinquies, comma 4, l.fall.?", Fallimento, 2014, 3, 299.

²²⁶ Art. 173, terzo comma l. fallim.: *"Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo*

questa sarebbe la soluzione preferibile, in quanto, sia l'art. 173, 3° c. che il 182 quinquies, 4° c. l. fallim., perseguirebbero la medesima finalità.

- Utilizzo del 6° c. dell'art. 161, l. fallim. il quale stabilisce che nel caso in cui il debitore ponga in essere una delle condotte di cui all'art. 173 l. fallim., il Tribunale avrà la possibilità di dichiarare l'improcedibilità della domanda nelle forme del procedimento di cui all'art. 15 l. fallim.²²⁷. In casi recentissimi, i

167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato."

²²⁷ Art. 15 l. fallim.: *"Il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio. Il tribunale convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed i creditori istanti per il fallimento; nel procedimento interviene il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento.*

Il decreto di convocazione è sottoscritto dal presidente del tribunale o dal giudice relatore se vi è delega alla trattazione del procedimento ai sensi del sesto comma. Il ricorso e il decreto devono essere notificati, a cura della cancelleria, all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore risultante dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti. L'esito della comunicazione è trasmesso, con modalità automatica, all'indirizzo di posta elettronica certificata dal ricorrente. Quando, per qualsiasi ragione, la notificazione non risulta possibile o non ha esito positivo, la notifica, a cura del ricorrente, del ricorso e del decreto, si esegue esclusivamente di persona a norma dell'articolo 107, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 15 dicembre 1959, n. 1229, presso la sede risultante dal registro delle imprese. Quando la notificazione non può essere compiuta con queste modalità, si esegue con il deposito dell'atto nella casa comunale della sede che risulta iscritta nel registro delle imprese e si perfeziona nel momento del deposito dello stesso. L'udienza è fissata non oltre quarantacinque giorni dal deposito del ricorso e tra la data della comunicazione o notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni.

Il decreto contiene l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie e il deposito di documenti e relazioni tecniche. In ogni caso, il tribunale dispone che l'imprenditore depositi i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata; può richiedere eventuali informazioni urgenti.

I termini di cui al terzo e quarto comma possono essere abbreviati dal presidente del tribunale, con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza. In tali casi, il presidente del tribunale può disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi.

Il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso, il giudice delegato provvede all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio.

Le parti possono nominare consulenti tecnici.

Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero

Tribunali hanno dimostrato di preferire quest'ultima soluzione. Ciò è stato argomentato affermando che la violazione del divieto in questione non possa determinare da sola l'improcedibilità della domanda di concordato, ma debba essere necessario verificare l'elemento soggettivo del dolo, che caratterizza le condotte di cui all'art. 173 l. fallim.

Per quanto riguarda invece il credito dei professionisti del concordato, come garanti della buona riuscita della proposta e del piano, il Tribunale di Vicenza, con pronuncia in data 11 Marzo 2014, ha stabilito che tale credito può godere in astratto della prededuzione, ma solo dopo l'omologazione del concordato, o dopo la verifica dello stato passivo nel fallimento eventualmente successivo.²²⁸

revocati con il decreto che rigetta l'istanza.

Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1."

²²⁸ www.ilcaso.it: "Non spetta la prededuzione al finanziatore che ha prestato del denaro (con mutuo di scopo) al soggetto che si accinge a chiedere il concordato preventivo, il quale, nella consapevolezza dello stesso finanziatore, utilizzi la somma ricevuta per pagare i professionisti del concordato, anticipando l'effetto prededuttivo voluto dalla legge, che non è però ancora riscontrabile all'atto del pagamento.

Il credito dei professionisti del concordato, quali garanti della buona riuscita della proposta e del piano concordatari, sulla base della buona fede e degli obblighi di protezione, può godere in astratto della prededuzione, ma questa collocazione può essere accertata soltanto dopo l'omologazione del concordato, ovvero dopo la verifica dello stato passivo nel fallimento eventualmente successivo, sicché i professionisti non possono essere pagati prima di tale momento, per l'impossibilità di sapere se vi siano, con assoluta certezza, risorse sufficienti a pagare tutti i crediti in prededuzione ed i creditori privilegiati di grado pari o poziore, ed accertare sia l'adeguatezza funzionale rispetto alla procedura concorsuale del loro operato che la concreta utilità per la massa, oltre alla continuità procedurale.

Il pagamento dei professionisti che hanno collaborato alla predisposizione della proposta e del piano concordatari, eseguito prima della omologazione del concordato può rilevare ai sensi dell'art. 173 l.f., trattandosi potenzialmente di atto in frode ai creditori, sotto il profilo della sottrazione di attivo ai creditori di grado poziore rispetto ai crediti dei professionisti, che di fatto potrebbero risultare preferiti, salvo che quanto intempestivamente ricevuto non venga restituito, non potendosi nel momento del pagamento valutare l'esistenza di liquidità sufficiente per escludere il danno ai creditori di grado poziore o di pari grado dei percipienti e la sicura utilità per la massa dell'opera dei professionisti, in uno con il nesso di adeguatezza funzionale rispetto alla procedura di concordato o fallimento, ed alla continuità tra le procedure (ragion per cui neppure possono essere autorizzati come eventuali atti di straordinaria amministrazione).

Il credito dei professionisti (advisor, attestatore, legale, stimatore, etc.) che hanno collaborato alla preparazione del concordato, sorto prima dell'apertura della procedura di concordato non rientra nella fattispecie prevista dalla norma di cui all'art. 182quinquies, co. 4, in quanto i professionisti de quibus non possono essere considerati fornitori strategici di beni e servizi di

Quindi i professionisti non possono essere pagati prima di tale momento, per l'impossibilità di sapere se vi siano, con assoluta certezza, risorse sufficienti a pagare tutti i crediti in prededuzione ed i creditori privilegiati, ed accertare sia l'adeguatezza funzionale che la concreta utilità del loro operato.

Un eventuale pagamento dei professionisti, eseguito prima dell'omologazione del concordato, può rilevare ai sensi dell'art. 173 l. fallim., trattandosi potenzialmente di atto in frode ai creditori.

Il credito dei professionisti, che hanno collaborato alla preparazione del concordato, sorto prima dell'apertura della procedura di concordato stesso, non rientra nella fattispecie di cui all'art. 182 quinquies 4° c. l. fallim., in quanto non possono essere considerati fornitori strategici di beni e servizi di supporto alla continuità aziendale, ma solo occasionali prestatori d'opera professionale, né le loro prestazioni appaiono infungibili e neppure di supporto alla continuità aziendale, dato il loro esaurirsi prima dell'apertura della procedura.

2.3 La fase finale del concordato preventivo con riserva.

Una volta esaurita la fase intermedia del concordato preventivo con riserva, non ci resta che analizzare la fase finale dello stesso, ovvero i possibili esiti della procedura.

Il primo esito al quale la procedura del concordato preventivo con riserva può approdare, è quello definito da Marco Arato come *"fisiologico"* ²²⁹.

supporto alla continuità aziendale, ma solo occasionali prestatori d'opera professionale, né la loro prestazione appare essere infungibile e neppure di supporto alla continuità aziendale, anzi essendosi esaurita anteriormente all'apertura della procedura.

La norma di interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l.f. si applica a tutte le prededuzioni sorte "in occasione o in funzione di procedure concorsuali", ivi comprese tutte quelle sorte nell'ambito del preconcordato, anche se previste espressamente come tali e (solo apparentemente) non comprese tra i crediti sorti in occasione o in funzione.

La prededuzione nel preconcordato può venire in rilievo solo nel caso del mancato pagamento, e quindi solo nel momento del riparto (concordatario o fallimentare), sicché nel preconcordato si deve lasciare l'imprenditore libero di pagare chi vuole, salvo poi chiedere in restituzione al creditore ciò che gli è stato pagato in eccesso rispetto alla percentuale di soddisfazione che risulterà a lui effettivamente spettante nel riparto."

²²⁹ M. ARATO, op. cit. p. 164.

A tale risultato si arriva quando il debitore deposita, entro il termine prefissato dal Tribunale, la domanda di concordato preventivo definitiva, o il ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis, 1° c. l. fallim.

Nel caso di deposito di una domanda di concordato definitiva al Tribunale competente, questa dovrà contenere la documentazione prevista dall'art. 161, 2° c. l. fallim.²³⁰ e cioè:

- una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

Inoltre, come stabilito dall'art. 161, 3° c. l. fallim.²³¹, sarà anche necessario accompagnare il tutto con la relazione di un professionista, designato dal debitore, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità dello stesso piano.

²³⁰ Art. 161, secondo comma l. fallim.: *“Il debitore deve presentare con il ricorso:*
a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.”

²³¹ Art. 161, terzo comma l. fallim.: *“Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.”*

Il deposito della domanda definitiva di concordato preventivo e la sua pubblicazione nel Registro delle imprese, consentono l'automatica prosecuzione degli effetti che fanno seguito al deposito di domanda di concordato preventivo con riserva, per cui, ai sensi dell'art. 182 sexies l. fallim.²³², il deposito della domanda definitiva consentirà al debitore di continuare a beneficiare, fino all'omologazione, dell'inapplicabilità degli art. 2446, 2° e 3° c.; 2447 bis; 2482 bis, 4°, 5° e 6° c.; 2482 ter c.c.

Non saranno applicabili neanche gli art. 2484 n. 4 e 2545 duodecies c.c., i quali prevedono lo scioglimento della società a causa della riduzione o della perdita del capitale sociale ed inoltre, la pubblicazione nel Registro delle imprese della domanda definitiva di concordato preventivo, consentirà al debitore di continuare a beneficiare degli effetti protettivi previsti dall'art. 168 l. fallim. Oltre a tutto questo, dobbiamo riportare anche l'ultrattività, per un certo periodo di tempo, della disciplina del concordato preventivo con riserva, in quanto l'art. 161, 7° c. l. fallim. stabilisce che, fino al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo di cui all'art. 163 l. fallim., si continua ad applicare la disciplina relativa agli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione già prevista per la procedura di concordato preventivo con riserva.

Nel caso in cui il debitore abbia invece optato per il deposito del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione debiti di cui all'art. 182 bis, 1° c. l. fallim., il debitore dovrà depositare il ricorso per l'omologazione di tale accordo, insieme alla documentazione di cui all'art. 161 l. fallim. e alla relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare

²³² Art. 182 sexies l. fallim.: *"Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile."*

l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo entro 120 giorni dall'omologazione in caso di crediti già scaduti, o entro 120 giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione, così come stabilito dall'art. 182 bis, 1° c. lett. a, b l. fallim.

Per effetto del deposito di tale documentazione, gli effetti prodotti dal deposito del ricorso di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim., continueranno a prodursi fino all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina, nel caso in cui il debitore opti per il deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, non sarà applicabile l'art. 161, 7° c. l. fallim., il quale dispone che fino al decreto di cui all'art. 163 l. fallim., continua ad applicarsi la disciplina sul compimento di atti di ordinaria e straordinaria amministrazione prevista per la procedura di concordato preventivo con riserva. Il motivo di tale inapplicabilità, è da ricercarsi nel fatto che tale disposizione sia dettata solamente per il caso in cui il debitore, dopo il ricorso di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim., depositi una domanda di concordato definitiva, in quanto il procedimento di cui all'art. 182 bis, 1° c. l. fallim. non necessita del decreto di ammissione di cui all'art. 163 l. fallim.

Altro esito cui può pervenire il concordato preventivo con riserva, è quello definito da Marco Arato come "patologico"²³³, ovvero il caso in cui venga dichiarata l'improcedibilità o l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva.

A tale esito si può pervenire in diversi modi.

La prima situazione che porta all'inammissibilità della domanda è data dal caso in cui il debitore violi gli obblighi informativi imposti dal Tribunale, ai sensi dell'art. 161, 8° c. l. fallim. Tale articolo, prevede infatti l'applicazione dell'art. 162, 2° e 3° c. l. fallim., con la conseguenza che il Tribunale dovrà dichiarare l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva, e qualora dovessero essere

²³³ M. ARATO, op. cit. p. 167.

pendenti istanze di fallimento e sussistano i presupposti di cui agli art. 1²³⁴ e 5²³⁵ l. fallim., dovrà essere dichiarato il fallimento del debitore.

Nel caso in cui vi sia una violazione *formale* degli obblighi informativi imposti dal Tribunale, ovvero il compimento da parte dell'imprenditore di attività manifestamente inidonee alla predisposizione della proposta e del piano, l'art. 161, 8° c. l. fallim. dispone che il Tribunale potrà, anche d'ufficio, abbreviare il termine fissato con il decreto di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim.

La seconda situazione che può condurre ad un esito patologico della domanda di concordato preventivo con riserva è il compimento da parte del debitore, successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo con riserva, di atti senza le prescritte autorizzazioni giudiziali.

Già subito dopo l'entrata in vigore del "Decreto Sviluppo", la giurisprudenza, nonostante la mancanza di un'espressa previsione di legge, aveva ritenuto applicabile, l'art. 173, 3° c. l. fallim.²³⁶, al debitore che durante la procedura

²³⁴ Art. 1 l. fallim.: *"Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministero della Giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento."*

²³⁵ Art. 5 l. fallim.: *"L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni."*

²³⁶ Art. 173, terzo comma l. fallim.: *"Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore, durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato."* Il secondo comma dello stesso art. 173 afferma che: *"All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'articolo 18."*

avesse compiuto atti senza le condizioni previste agli art. 161, 7° c. e 182 quinquies l. fallim., mentre in altri casi aveva dichiarato l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva formulata dal debitore che si era reso autore delle suddette violazioni durante la procedura.

Con il "Decreto del Fare", si è però andati a riformare l'art. 161, 6° c. l. fallim., il quale adesso prevede che il commissario giudiziale che abbia accertato il compimento da parte del debitore di una delle condotte previste dall'art. 173 l. fallim., dovrà riferirne immediatamente al Tribunale, il quale a sua volta, verificata la sussistenza delle condotte, potrà dichiarare l'improcedibilità della domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, potrà dichiarare il fallimento con sentenza, una volta accertati i presupposti di cui agli art. 1 e 5 l. fallim.

Nonostante il nuovo art. 161, 6° c. l. fallim. faccia esplicito riferimento al caso in cui sia stato nominato il commissario giudiziale, non è ammissibile ritenere che il Tribunale non possa dichiarare l'improcedibilità del ricorso del debitore, qualora verifichi che il suddetto abbia effettivamente compiuto gli atti di cui all'art. 173 l. fallim.²³⁷

In caso di esito patologico della procedura di concordato con riserva, verranno meno le protezioni previste dall'art. 168 l. fallim. (per cui i creditori per titolo o causa anteriore al decreto potranno iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la data di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim. saranno nuovamente efficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato) e dall'art. 182 sexies l. fallim. (per cui torneranno ad essere applicabili le disposizioni di cui agli art. 2446, 2°, 3° c.; 2447; 2482 bis, 4°, 5°, 6° c.; 2482 ter c.c., e tornerà ad operare la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli art. 2484 n. 4 e 2545 duodecies c.c.).

Conseguenza fondamentale di un eventuale dichiarazione di inammissibilità o

²³⁷ M. ARATO, op. cit. p. 169.

improcedibilità della domanda di concordato preventivo con riserva da parte del Tribunale (e che rappresenta il terzo ed ultimo caso che porta all'esito patologico della domanda di concordato preventivo con riserva), è l'impossibilità per il debitore di depositare nei due anni successivi a tale dichiarazione un nuovo ricorso di concordato preventivo con riserva, così come disposto dall'art. 161, 9° c. l. fallim.

Si ritiene inoltre che, dato che tale art. 161, 9° c. l. fallim. è volto ad evitare che il debitore possa disporre di tempi della risoluzione della propria crisi, allo stesso sia preclusa, sempre per un termine di due anni, la possibilità di deposito di una proposta di cui all'art. 182 bis, 6° c. l. fallim.²³⁸, ovvero di un accordo su cui sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti, accompagnata da una relazione del professionista che accerti l'idoneità della proposta, qualora in futuro dovesse essere accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori non partecipanti alle trattative o comunque non disponibili a trattare.

In altre parole, nel caso di dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità della domanda di concordato preventivo con riserva, per i successivi due anni l'imprenditore potrà depositare solamente una domanda di concordato preventivo definitiva, oppure un ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis, 1° c. l. fallim.

²³⁸ Art. 182 bis, sesto comma, l. fallim.: *"Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma lettere a), b), c) e d), e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. Il decreto del precedente periodo è reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto d'inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione."*

Ultimo esito cui può pervenire il concordato preventivo con riserva, è quello definito da Marco Arato come “anomalo”²³⁹. Tale situazione si verifica quando il debitore, nel termine prestabilito dal Tribunale, non deposita, né la domanda definitiva di concordato, né il ricorso per l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis, 1° c. l. fallim.

Si tratta di una situazione che, ad oggi, ha ancora più possibilità di verificarsi, a seguito della modifica dell’art. 161, 8° c. l. fallim., avvenuta con il “Decreto del Fare”, il quale adesso prevede che il Tribunale possa abbreviare il termine concesso al debitore per il deposito di una domanda definitiva di concordato preventivo o di un ricorso per l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, nel caso in cui l’attività del debitore risulti essere manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano.

Tale esito “anomalo” è espressamente disciplinato dall’ultimo periodo dell’art. 161, 6° c. l. fallim., il quale stabilisce che, laddove il debitore non deposita niente entro il termine prefissato dal Tribunale, si debba applicare l’art. 162, 2°, 3° c. l. fallim.²⁴⁰, il quale, a sua volta, attribuisce al Tribunale il potere di dichiarare inammissibile la domanda di concordato, e qualora pendano istanze di fallimento, questo dovrà essere dichiarato laddove sussistano i presupposti di cui agli art. 1 e 5 l. fallim.

Ecco quindi che qualora il Tribunale dovesse dichiarare l’inammissibilità della domanda di concordato preventivo con riserva, il debitore, nei due anni successivi, potrà solamente depositare una domanda definitiva di concordato preventivo, o un ricorso per l’omologazione di un accordo di ristrutturazione debiti di cui all’art. 82 bis, 1° c. l. fallim. e non, invece, una domanda di

²³⁹ M. ARATO, op. cit. p. 170.

²⁴⁰ Art. 162, secondo e terzo comma l. fallim.: “Il Tribunale, se all’esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore. Contro la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile reclamo a norma dell’articolo 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all’ammissibilità della proposta di concordato.”

concordato preventivo con riserva, o un accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis 6° c. l. fallim.

Altra conseguenza è che, se dovessero pendere istanze di fallimento e dovessero sussistere i presupposti di cui agli art. 1 e 5 l. fallim., il Tribunale dovrà dichiarare il fallimento del debitore.

Se quindi non dovessero sussistere istanze di fallimento, l'unica preclusione per il debitore sarà quella prevista all'art. 161, 9° c. l. fallim. Dobbiamo però segnalare a riguardo l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 18 Aprile 2013, n. 9409, con la quale il Tribunale, anche nell'ambito della procedura di concordato preventivo con riserva, potrà segnalare al Pubblico Ministero, ai sensi dell'art. 7 l. fallim., lo stato d'insolvenza del debitore affinché ne provochi l'istanza di fallimento.

Così come nel caso dell'esito patologico della procedura di concordato preventivo con riserva, anche nel caso in esame verranno meno le protezioni previste dall'art. 168 l. fallim. (per cui i creditori per titolo o causa anteriore al decreto potranno iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore e le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la data di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim. saranno nuovamente efficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato) e dall'art. 182 sexies l. fallim. (per cui torneranno ad essere applicabili le disposizioni di cui agli art. 2446 , 2°, 3° c.; 2447; 2482 bis, 4°, 5°, 6° c.; 2482 ter c.c., e tornerà ad operare la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli art. 2484 n. 4 e 2545 duodecies c.c.).

Capitolo 3.

Profili problematici del concordato preventivo con riserva.

SOMMARIO: 3.1 L'abuso del diritto e la sua applicazione al concordato preventivo con riserva.

3.2 L'abuso dello strumento concordatario.

3.1 L'abuso del diritto e la sua applicazione al concordato preventivo con riserva.

La dettagliata analisi che abbiamo svolto con riguardo al concordato preventivo con riserva, dimostra come questo consenta all'imprenditore in crisi, di trovare il miglior percorso per la ristrutturazione e il risanamento della propria posizione debitoria, salvaguardando così la propria impresa ed i propri valori aziendali.

Al contempo, è però necessario interrogarsi se il legislatore italiano, nell'apprezzabilissimo tentativo di attribuire ancora maggiore rilievo al principio della conservazione dell'attività d'impresa rispetto alla sua liquidazione, non abbia attribuito agli imprenditori uno strumento potenzialmente in grado di limitare in maniera eccessiva i diritti dei creditori ed il loro interesse ad un rapido recupero del proprio credito o di una percentuale di esso.

Il riferimento va, ovviamente, al fatto che tale istituto attribuisce all'imprenditore in crisi il vantaggio di beneficiare di una rilevante protezione rispetto alle azioni esecutive o cautelari dei propri creditori mediante il semplice deposito di una domanda.

In altri termini si trae l'impressione che, mediante questa procedura, il debitore possa beneficiare di rilevanti vantaggi in modo assai semplice, imponendo un sacrificio forse eccessivo ai creditori che si vedono privati del diritto di avviare o proseguire iniziative esecutive o cautelari o che vedono privati i propri titoli di prelazione, senza neppure avere conoscenza di quale sarà il piano di ristrutturazione che sarà predisposto dal loro debitore.²⁴¹

Sicuramente, con la nascita dell'istituto nel 2012, tale istituto poteva dare vita ad una notevole serie di abusi.

²⁴¹ M. ARATO, op. cit. p. 25.

A seguito dell'introduzione del concordato preventivo con riserva, la giurisprudenza di merito ha dovuto valutare, con frequenza crescente, la legittimità del ricorso a tale istituto per paralizzare istanze di fallimento nell'imminenza della dichiarazione d'inammissibilità della domanda di concordato piena ex art. 161, 1° c. l. fallim.

La legittimità del comportamento dei debitori, è stata valutata, alla luce dell'abuso del diritto, un istituto che, però, presenta un carattere assai sfuggente, con la giurisprudenza che non sempre ha fornito applicazioni chiare dal punto di vista concettuale.²⁴² È sicuramente necessario soffermarsi su tale istituto, visto il crescente numero di decisioni che valutano l'ammissibilità delle domande di concordato con riserva, alla luce di questo.

L'istituto dell'abuso del diritto, nasce nell'elaborazione giurisprudenziale francese di metà Ottocento e si fonda sull'idea che lo stato non possa tollerare lo sfruttamento ingiustificato, da parte dei privati, delle prerogative loro accordate. Tale istituto, secondo la giurisprudenza e la dottrina italiana, sussiste ogniqualvolta un soggetto eserciti un diritto che gli è riconosciuto dall'ordinamento in modo formalmente legittimo, ma in realtà per appropriarsi di utilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle che con l'attribuzione del diritto l'ordinamento intende assicurarli; utilità che l'ordinamento considera non meritevoli di tutela.

Il problema dell'abuso del diritto, concerne essenzialmente la comparazione di interessi che risultino essere in conflitto, con la conseguenza che la sproporzione, fra il beneficio che deriva dall'autore dell'atto e il pregiudizio subito dalla controparte, va ad assumere il ruolo costituente dell'abuso del diritto.

In definitiva l'abuso del diritto presuppone che l'atto sia formalmente conforme alla legge, e l'indagine circa la sua sussistenza è incentrata sullo scopo che il soggetto tende ad ottenere con il compimento di un determinato atto, e sulla meritevolezza di tutela di tale finalità, valutata mediante una comparazione degli interessi di cui sono portatori i diversi soggetti interessati dall'atto posto in

²⁴² F. Macrì, "L'abuso del diritto nel concordato con riserva", in *Fallimento*, 2014, 1, 13

essere dal soggetto agente. Ecco quindi che non si potrà parlare di abuso del diritto, quando l'atto sia esercitato *contra legem*, perché, nonostante la reazione dell'ordinamento sia la stessa, in questo secondo caso, la condotta del soggetto agente si colloca al di fuori della cornice predisposta dal legislatore, per cui viene a mancare uno dei presupposti dell'abuso del diritto.

La giurisprudenza ha attribuito crescente rilevanza a tale istituto e lo ha ritenuto espressione dei *principi di buona fede e correttezza* di cui agli articoli 1175²⁴³ e 1375²⁴⁴ c.c.

Afferma però Macrì come l'applicazione dell'abuso del diritto da parte della giurisprudenza, abbia in realtà confermato le perplessità evidenziate dalla dottrina, dato che, nell'analisi effettuata dalla giurisprudenza sull'istituto, questo va a coincidere sostanzialmente con la conformità del comportamento del soggetto agente con il criterio di buona fede; tanto che, quella parte della dottrina favorevole al riconoscimento dell'istituto dell'abuso del diritto come istituto autonomo del nostro ordinamento, sarebbe andata ad individuare come criterio differenziante l'abuso del diritto dalla buona fede il fatto che l'indagine sul primo avrebbe ad oggetto lo scopo per cui l'atto viene posto in essere, mentre quella sul secondo concernerebbe le modalità con cui il diritto viene esercitato. Questo, per Macrì, è sicuramente un esempio abbastanza significativo di come l'istituto dell'abuso del diritto presenti contorni ancora vaghi. È quindi necessario affrontarlo un minimo, prima di adoperarlo nell'ambito del concordato preventivo con riserva.

A seguito delle condotte dei debitori che, utilizzando formalmente gli strumenti messi a loro disposizione dalla normativa fallimentare, cercano di perseguire, in realtà, scopi differenti da quelli per cui tali strumenti sono stati preordinati, ecco che giurisprudenza e dottrina avevano fatto spesso ricorso all'istituto dell'abuso del diritto, anche in sede fallimentare, al fine di sindacare particolari

²⁴³ Art. 1175 c.c.: "*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza [in relazione ai principi della solidarietà corporativa].*"

²⁴⁴ Art. 1375 c.c.: "*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*"

comportamenti posti in essere dal debitore.

Riportiamo alcuni esempi a riguardo.

- L'istituto è stato utilizzato al fine di valutare la formazione delle classi nel concordato preventivo pieno, ogniqualvolta vi fosse l'evidenza che la creazione di una classe fosse esclusivamente preordinata a neutralizzare la volontà dei creditori dissenzienti ed a favorire così l'approvazione del concordato, come affermato dal Tribunale di Milano nella pronuncia in data 19 Novembre 2011. Per Macrì, al di là del fatto che in tale pronuncia la valutazione dell'abuso del diritto va a coincidere, fondamentalmente, con il criterio di buona fede, il ricorso a tale istituto sembrerebbe del tutto inutile. Nel caso in cui, infatti, un debitore vada a creare un'apposita classe di creditori non dotata di posizione giuridica o interessi economici omogenei rispetto ad altre classi di creditori, ecco che abbiamo una palese violazione dell'art. 160, 1° c. lett. c) l. fallim., per cui il comportamento del debitore andrà ad essere *contra legem*, dato che si colloca al di fuori dell'apposita cornice strutturata dal legislatore.

- L'abuso del diritto è stato impiegato dalla giurisprudenza di merito per verificare se la proposta di concordato preventivo piena fosse palesemente volta a favorire un creditore rispetto ad un altro, ma la Corte di Cassazione, nella pronuncia n. 3274 del 10 Febbraio 2011²⁴⁵, ha ritenuto che il comportamento del

²⁴⁵ www.ilcaso.it: "Nella vigenza del cd. rito intermedio, disciplinato dal decreto legislativo n. 5/2006, l'esistenza di un parere favorevole del curatore (o del comitato dei creditori nella disciplina vigente) sulla proposta di concordato fallimentare è condizione di improcedibilità solo con riferimento alla fase anteriore alla votazione dei creditori, in quanto l'art. 125 espressamente prevede che il giudice delegato ordini la comunicazione della proposta ai creditori "acquisito il parere favorevole del curatore"; nessun richiamo al contenuto del parere del curatore è invece rinvenibile nell'art. 129 per quanto concerne il giudizio di omologazione e l'assenza di tale richiamo è del tutto ovvia, dal momento che detto parere è unicamente rivolto al tribunale che deve decidere sull'omologazione ma non può certo avere l'effetto di mettere in non cale l'avvenuta approvazione da parte dei creditori bloccando la procedura o condizionandone l'esito. È dunque del tutto irrilevante, sotto il profilo della procedibilità, la valutazione della proposta operata dal curatore nella fase dell'omologazione.)
Il procedimento di omologazione del concordato fallimentare non prevede l'impulso d'ufficio bensì l'iniziativa da parte del proponente; l'articolo 129, legge fallimentare, applicabile nel cd. rito intermedio ma anche nell'attuale disciplina, prevede, infatti, che l'unico legittimato a richiedere l'omologazione sia colui che propone il concordato al quale, proprio per consentirgli l'iniziativa,

viene comunicato il provvedimento del giudice delegato che, tra l'altro, contiene la notizia dell'avvenuta approvazione della proposta da parte dell'assemblea dei creditori.)

Nel silenzio della norma, si deve ritenere che la richiesta di omologazione del concordato fallimentare di cui all'art. 129, comma 3, legge fallimentare, debba essere presentata nel termine di 10 giorni previsto dall'art. 26. Questa opzione si giustifica con il richiamo complessivo allo speciale giudizio camerale che il riferimento a tale norma comporta e con la considerazione che solo per gli opposenti viene previsto un termine particolare e quindi derogatorio di quello in esame, senza considerare che l'altra soluzione (ritenere che il proponente godrebbe dello stesso termine assegnato agli interessati per l'opposizione) comporterebbe l'inconveniente pratico di costringere gli opposenti ad attivarsi anche in assenza di iniziativa del proponente e quindi inutile, considerato che tale inerzia comporta l'improcedibilità della domanda.

L'identificazione del reale proponente del concordato fallimentare può costituire un elemento essenziale per la corretta valutazione della proposta e fa quindi parte di quelle notizie che debbono essere veritiere e note ai creditori affinché possano esprimere un consenso informato. Si deve, tuttavia, ritenere che le informazioni effettivamente rilevanti per i creditori ed imposte dall'ordinamento a tutela del loro affidamento siano quelle che attengono alla capacità del soggetto di eseguire il concordato e quindi alla fattibilità del medesimo di cui i creditori sono i primi e, in mancanza di opposizioni, unici giudici; detti elementi informativi saranno poi tanto più numerosi quanto più complessa sarà l'esecuzione del concordato e limitate le garanzie offerte, posto che, in tale contesto, acquista un peso determinante la affidabilità del proponente.

Nell'ambito di un procedimento di concordato fallimentare disciplinato dal d.lgs. n. 5/2006 ma relativo ad un fallimento dichiarato in data precedente la riforma, dovranno essere applicate le disposizioni della legge fallimentare implicitamente richiamate dalla disciplina del concordato e rilevanti per la nuova conformazione dell'istituto nella formulazione congruente con quella applicabile a tale procedura; ciò consente di evitare insanabili contraddizioni sistematiche tra un complesso normativo che presuppone ad esempio una certa ripartizione dei ruoli tra gli organi e quindi nuove responsabilità ed un altro basato su principi in buona parte diversi (nella fattispecie, è stata ritenuta applicabile la norma relativa all'obbligo di astensione del componente del comitato dei creditori in conflitto di interessi).

Alla materia del conflitto di interessi del componente del comitato dei creditori, per il quale l'articolo 40, legge fallimentare prevede l'obbligo di astensione, può essere applicato il principio generale vigente in materia societaria, e quindi in tema di conflitti di natura privatistica, secondo il quale la violazione del dovere di informazione sul conflitto e dell'obbligo di astensione rilevano unicamente se le deliberazioni assunte con la partecipazione del soggetto in conflitto possono arrecare un danno.

Il vizio derivante da una situazione di conflitto di interessi di un componente del comitato dei creditori non si ripercuote sulle fasi successive del procedimento qualora non sia stata formulata richiesta di sostituzione del membro del comitato ritenuto in conflitto di interessi o la delibera del comitato non sia stata tempestivamente reclamata ai sensi dell'art. 36, legge fallimentare.

In sede di omologa del concordato fallimentare, il tribunale o la corte d'appello in sede di reclamo, non può omologare una proposta di concordato apportandovi modifiche sostanziali mentre può dettare, laddove necessario, modalità esecutive integrative di quelle previste.

Il principio per cui la condizione volontaria unilaterale, quale elemento accidentale del negozio giuridico finalizzato a tutela dell'interesse di una sola parte, può essere oggetto di rinuncia, espressa o tacita, ad opera di quest'ultima, non solo prima, ma anche dopo il verificarsi dell'evento, senza che la controparte possa ostacolare tale volontà abdicativa, opera anche con riguardo alla proposta di concordato fallimentare, con la conseguenza che, ove il proponente ne abbia risolutivamente condizionato l'efficacia - a tutela di un proprio interesse - all'avverarsi di un evento futuro ed incerto (nella specie, la permanenza dei giudizi in corso nello stato al momento della proposta), l'accettazione di tale proposta non attribuisce ai creditori il potere di far valere gli effetti risolutivi di siffatto azzeramento, in contrasto con la volontà dell'interessato, che vi abbia rinunciato.

Il termine "terzo" utilizzato dall'articolo 124, legge fallimentare, nella formulazione in vigore nel

cosiddetto rito intermedio, non ha lo scopo di indicare un proponente diverso dai creditori, come avviene nel primo comma che elenca sia questi ultimi che il terzo come possibile autore della proposta, ma solo quello di escludere la cedibilità delle revocatorie fallito, il quale non può servirsi del fallimento per giovare dell'inefficacia che attiene solo i rapporti tra revocando e creditori e della possibilità di limitare i suoi impegni, posto che in tal caso i creditori concorsuali ma non concorrenti resterebbero privi della loro controparte debitrice.

In base all'articolo 127, legge fallimentare e prescindendo dall'ipotesi della proposta presentata sulla base dell'elenco provvisorio dei creditori, "gli aventi diritto al voto sono quelli indicati nello stato passivo esecutivo ai sensi dell'articolo 97" e quindi in linea teorica tutti i creditori ammessi al passivo, siano essi chirografari o privilegiati. Per questi ultimi, tuttavia, l'esercizio in concreto del diritto di voto è possibile o, per meglio dire, efficace solo in tre ipotesi: allorché la proposta ne prevede l'integrale pagamento se rinunciano al diritto di prelazione, come dispone esplicitamente il secondo comma della norma citata; quando la proposta non ne prevede il pagamento integrale per insufficiente capienza del bene gravato, come precisa ancora il secondo comma richiamando il terzo comma dell'articolo 124; oppure, come dispone implicitamente la stessa norma, se la proposta non prevede il pagamento neppure parziale quali privilegiati per la totale insussistenza o incapienza del bene che dovrebbe costituire la garanzia. Con riferimento alle ultime due ipotesi, occorre tuttavia tener presente che un credito astrattamente privilegiato deve essere ammesso al passivo come tale anche in caso di omesso rinvenimento del bene su cui grava la garanzia, essendo rimandato alla fase del riparto l'accertamento della sussistenza in concreto del privilegio ammesso e quindi della sua realizzabilità; ma è proprio la facoltà concessa al proponente di far valutare il bene per dimostrare l'insufficienza del suo valore a garantire l'integrale pagamento che conferma la possibilità di prevedere un soddisfacimento su presupposti diversi da quelli risultanti dallo stato passivo, dal momento che solo in presenza di un credito ammesso in toto in privilegio si pone il problema del suo degrado, totale o parziale, al chirografo. Appare quindi evidente che è ben possibile che la proposta di concordato, pur a fronte di un'ammissione al passivo di un credito come privilegiato, ne preveda ab origine il soddisfacimento quale credito chirografario in proporzione all'intero ammontare sul presupposto della ritenuta certezza della definitiva irrealizzabilità del privilegio per l'insussistenza del bene costituente la garanzia, ferma restando la valutazione di ritualità della stessa da parte del giudice delegato che potrebbe ritenere non provata l'insussistenza del bene gravato e quindi non conforme la proposta al modello legale, e quella dei creditori votanti circa la affidabilità della previsione e quindi della fattibilità del concordato, stante l'obbligo del proponente di onorare il debito nella misura di legge se il bene viene poi rinvenuto.

Deve ritenersi applicabile anche allo strumento concordatario il concetto dell'abuso del diritto, tenendo presente che il fine del concordato fallimentare è quello di favorire l'anticipata soluzione della crisi mediante una soluzione che tuteli i diritti di tutti i creditori con le modalità approvate dalla maggioranza senza arrecare al debitore fallito un danno non necessario. Deve essere però escluso che l'abuso possa consistere nella violazione della par condicio creditorum intesa come trattamento paritario, salve le cause di prelazione, trattandosi di ricostruzione esclusa dallo stesso legislatore dal momento che in caso di concordato con classi nulla vieta - ed è anzi esplicitamente ipotizzato come possibile - un trattamento differenziato non solo per quanto attiene ai mezzi soddisfatti ma anche in relazione alla percentuale offerta, con il solo limite del trattamento uguale all'interno delle singole classi. Ma anche in assenza di classi, non va dimenticato che il concordato può essere proposto anche da un creditore o da un gruppo di creditori al fine di perseguire legittimamente un risultato ulteriore rispetto a quello che gli competerebbe come semplice creditore (nella specie, si è escluso che l'abuso del processo consistesse nel fatto che il proponente potesse beneficiare del concordato in quanto debitore potenziale nell'azione revocatoria contro di lui intentata).

Poiché l'esistenza di una posizione di conflitto di interessi tra soggetti acquisisce giuridica rilevanza quale causa di vizio di un atto o di fonte di risarcimento del danno solo quando vi sia un contrasto tra un centro autonomo di interessi e il suo rappresentante e quindi quando uno stesso soggetto compia un atto o manifesti una volontà rivestendo contemporaneamente due ruoli che

debitore non potesse essere abusivo dato che è la stessa legge fallimentare a prevedere deroghe alla regola della *par condicio creditorum*. Il problema, per Macrì, è che la Corte di Cassazione, avrebbe dovuto accertare che il comportamento del debitore fosse stato formalmente corretto, e solo a questo

potenzialmente potrebbero comportare scelte differenti, nessun conflitto può essere ravvisato nell'ambito del concordato fallimentare tra i creditori uti singuli e quali appartenenti alla massa nel momento in cui si esprimono nell'ambito dell'assemblea dei votanti. Il fallimento non è, infatti, un soggetto giuridico autonomo del quale i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario, così che non è avvinco da alcun patto che comporti la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli. Nell'ambito della tutela del proprio credito, e prescindendo dall'eventuale ruolo svolto in organismi ristretti specificamente rappresentativi dell'intero ceto quale il comitato dei creditori, ogni creditore è legittimamente (nell'ambito delle regole procedurali) homo homini lupus, nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso. Non va inoltre trascurato il fatto che un conflitto tra i creditori è immanente nel sistema, posto che è normale che la massa attiva sia insufficiente per il soddisfacimento integrale dei creditori e che quindi sia interesse di ciascuno di loro, al fine di garantire il proprio maggior soddisfacimento, opporsi al riconoscimento del credito altrui e quindi alla sua partecipazione al riparto. Ulteriore conferma di questa ricostruzione è individuabile nell'opera del legislatore che non ha inserito una norma generale sul conflitto di interessi nell'ambito delle votazioni ma ne ha, al contrario, implicitamente escluso la sussistenza disciplinando specificamente i casi di rilevanza del conflitto, così che la partecipazione al voto costituisce la regola, mentre l'esclusione costituisce un'eccezione e, come tale, deve essere espressamente prevista.

L'articolo 130 della legge fallimentare, nella formulazione originaria, autorizzava espressamente una valutazione di convenienza da parte del tribunale posto che prevedeva al primo comma l'esame del merito delle proposte. A tale disposizione deve però contrapporsi l'eloquente silenzio sul punto del novellato articolo 129, il quale, sia nella formulazione del cosiddetto rito intermedio sia in quella attuale, dispone che in mancanza di opposizioni il tribunale omologa il concordato "verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione", espressione, questa, che esclude ogni valutazione di merito sul contenuto della proposta e quindi anche sulla convenienza per i creditori. Di ciò è chiara conferma l'ulteriore previsione, che costituisce eccezione alla regola appena espressa, in base alla quale una valutazione sulla convenienza è invece possibile là dove il concordato preveda una suddivisione dei creditori in classi a tutela dei creditori delle classi dissenzienti.

Nella formulazione della proposta di concordato fallimentare l'utilizzazione delle classi non è in alcun modo prevista come obbligatoria, bensì come ipotesi meramente alternativa a quella della classica suddivisione dei creditori secondo il rango, privilegiato o chirografario, del credito. Una volta esclusa l'applicazione della disciplina del conflitto di interessi nei casi in cui il conflitto attenga la posizione contrastante dei singoli creditori in quanto tali è, infatti, evidente che l'obbligo delle classi non può derivare dalle diverse situazioni individuali che possono portare a valutazioni variegata sulla proposta, dal momento che dette situazioni sono potenzialmente tante quante sono i creditori e un loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e comunque porterebbe ad una proliferazione assurda delle classi e alla predisposizione di tante classi quanto sono i creditori, senza considerare che, in assenza di parametri normativi di riferimento, la valutazione del giudice rischierebbe di confinare pericolosamente con una sostanziale discrezionalità. Analoghe considerazioni valgono in relazione al problema dei creditori provvisti di garanzie fornite da terzi, in quanto la loro posizione non è giuridicamente diversa, nel rapporto con il debitore principale insolvente o in crisi, da quella degli altri creditori e muta solo sotto il profilo pratico, così come può avvenire per altri creditori per effetto di situazioni non classificabili e solo indirettamente incise dalla proposta."

punto avrebbe dovuto verificare se dietro a questa condotta si celasse o meno un intento abusivo. Limitandosi ad accertare la sola corrispondenza formale del comportamento del debitore alla legge, la Corte di Cassazione non avrebbe fatto una corretta applicazione dell'abuso del diritto.

- La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 13818 del 23 Giugno 2011²⁴⁶, ha

²⁴⁶ www.ilcaso.it: "Nell'ambito del procedimento di cui all'art. 173, legge fallimentare, la formale conoscenza da parte del debitore dell'esistenza di un'iniziativa per la dichiarazione di fallimento è sufficiente ad integrare la "indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento" richiesta dall'articolo 15, comma 4, legge fallimentare quale monito in ordine al possibile esito della procedura e invito ad esercitare il diritto di difesa, posto che dal tenore del secondo comma dell'articolo 173 emerge chiaramente che alla conclusione del procedimento di revoca dell'ammissione viene emessa, se ne sussistano i presupposti processuali e sostanziali, sentenza di fallimento, senza ulteriori adempimenti procedurali. Non è dunque corretta la tesi secondo la quale la presenza di iniziative per la dichiarazione di fallimento comporta che debba farsi luogo a procedimenti distinti; è vero invece che l'accertamento del tribunale e correlativamente l'ambito della difesa del debitore attengono ad una fattispecie più complessa nella quale uno dei presupposti per la dichiarazione di fallimento è la revocabilità dell'ammissione al concordato.

Nel concordato preventivo con cessione dei beni, il debitore non ha l'onere di indicare la percentuale di soddisfacimento che, in esito alla liquidazione, i creditori otterranno, anche se è condivisibile l'opinione secondo la quale tale indicazione, come quella relativa ai possibili tempi della liquidazione, sono necessarie al fine della determinatezza e piena intelligibilità della proposta di concordato. Questo, tuttavia, non significa che, in mancanza di esplicita assunzione di un'obbligazione in tal senso, detta percentuale costituisca oggetto dell'obbligazione che il proponente si assume, in quanto ciò equivarrebbe a ritenere sempre necessario che il concordato assuma quanto meno la forma del concordato misto nel quale la cessione dei beni è accompagnata dall'impegno a garantire ai creditori una percentuale minima di soddisfacimento. In realtà, oggetto dell'obbligazione può essere, e tale è in difetto di diversa ed inequivoca assunzione di responsabilità, unicamente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore, assumendo l'indicazione della percentuale unicamente una funzione chiarificatrice del presumibile risultato del completamento del piano di concordato. In altri termini, il proponente, ovviamente sulla base di dati concretamente apprezzabili, indica ai creditori la prospettiva che ritiene plausibile e questi, approvando la proposta, condividono la valutazione e quindi accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione comparandone la complessiva convenienza con riferimento alle alternative praticabili (esecuzione singolare o collettiva in sede fallimentare).

In tema di concordato preventivo, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. n.169 del 2007 che è caratterizzato da una prevalente natura contrattuale, e dal decisivo rilievo della volontà dei creditori e del loro consenso informato, il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi degli artt. 162 e 163 legge fall., ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito; ne consegue che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere

affermato che non possono rientrare nella categoria “altri atti di frode” di cui all'art. 173, 1° c. l. fallim., gli atti di disposizione dei beni del debitore che siano stati posti in essere prima della domanda di concordato, ma dei quali il debitore abbia comunque dato adeguata informativa nella domanda di concordato stessa.

alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito, in quanto riservata, da un lato, alla fase successiva ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell'omologazione, in presenza di un'opposizione, alle condizioni di cui all'art. 180 legge fall. (Principio affermato dalla S.C. in sede di cassazione, con rinvio, del decreto con cui il tribunale aveva "rigettato" la domanda di ammissione alla procedura di concordato, in realtà pronunciandone l'inammissibilità, con valutazioni sul merito della fattibilità del piano concordatario e con modalità decisorie, dalle quali è conseguita l'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost.).

Il principio secondo il quale, nell'ambito del concordato preventivo, il giudice, nel valutare la relazione del professionista che attesta la fattibilità del piano, si deve astenere da un'indagine di merito, salvo il caso in cui siano proposte opposizioni e con i limiti di cui all'art. 180 legge fallimentare, è applicabile anche in sede di riesame della proposta ex art. 173 legge fallimentare e ciò anche se, in questo caso, il tribunale dispone del conforto dell'apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale. Tale apporto, infatti, non è destinato al giudice ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazioni dell'esperto attestatore con la relazione di un organo investito di una pubblica funzione. Resta, infatti, insuperabile il rilievo secondo cui il tribunale è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione alla omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa del tutto inattuabile, invece e per quanto concerne i creditori, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 173, legge fallimentare di cui si discute.

Il minimo comune denominatore dei comportamenti indicati dall'art. 173, comma 1, legge fallimentare, ai fini della revoca dell'ammissione al concordato e della dichiarazione di fallimento nel corso della procedura, è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l'esistenza di parte dell'attivo o aumentando artatamente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare. Si tratta, in sostanza, di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di loro competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa. Questa è, quindi, la connotazione tutti gli altri indefiniti comportamenti dell'imprenditore per poter essere definiti atti di frode. E', allora, possibile concludere affermando che nessun intervento sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode ma solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio. Ogni diversa interpretazione della norma in esame non farebbe altro che reintrodurre il requisito della meritevolezza apertamente ripudiato dal legislatore della riforma.

Vi è abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato preventivo, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali, in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria. In presenza di una tale condotta, il concordato non è ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio della buona fede.”

Questi dovranno essere valutati alla luce dell'istituto dell'abuso del diritto, che nella specie si declina nell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede, quando tali atti siano posti in essere con la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori in una situazione di pregiudicate garanzie patrimoniali, in modo da indurli ad accettare una proposta che comunque sarà migliore della prospettiva liquidatoria. Ancora una volta, il principio sancito dalla Corte tradisce, per Fabio Macrì, una certa confusione concettuale circa l'istituto dell'abuso del diritto, il quale viene costruito alla stregua di un doppione del criterio generale di buona fede.

- L'abuso del diritto è stato utilizzato dalla giurisprudenza anche per sindacare la legittimità del comportamento di debitori che, al fine di paralizzare istanze di fallimento proposte nei loro confronti da creditori insoddisfatti, hanno reiteratamente modificato la domanda di concordato precedentemente depositata, cercando di tenere conto dei rilievi formulati dal commissario giudiziale nella sua relazione di cui all'art. 172 l. fallim.²⁴⁷, al fine di evitare un'imminente declaratoria d'inammissibilità. In questo caso, però, emerge dalle varie pronunce giurisprudenziali, il fatto che l'abuso del diritto sia stato ritenuto sussistente perché l'originaria domanda e le successive modifiche, presentavano tutte rilevanti profili d'inammissibilità per violazione di norme di legge, di modo che risultava evidente che il fine perseguito dal debitore consisteva esclusivamente nel procrastinare *sine die* la propria dichiarazione di fallimento. Benché suggestivo, tale richiamo all'abuso del diritto risulterebbe inutile, dato che le domande di concordato preventivo dovevano essere dichiarate inammissibili solo in forza dei profili di legittimità che le affliggevano, in quanto il

²⁴⁷ Art. 172 l. fallim.: *"Il commissario giudiziale redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e la deposita in cancelleria almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori. Nello stesso termine la comunica a mezzo posta elettronica certificata a norma dell'articolo 171, secondo comma. Su richiesta del commissario il giudice può nominare uno stimatore che lo assista nella valutazione dei beni."*

comportamento del debitore, dal punto di vista formale, non era rispettoso della cornice giuridica delineata dal legislatore.

Per quanto riguarda l'applicazione dell'istituto dell'abuso del diritto al concordato preventivo con riserva, la giurisprudenza si è trovata a dover giudicare la legittimità dei comportamenti di debitori che hanno utilizzato tale strumento giuridico al fine di paralizzare istanze di fallimento formulate da alcuni loro creditori, nell'imminenza della dichiarazione d'inammissibilità di una domanda di concordato piena, di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim., precedentemente depositata. Ad eccezione della pronuncia del Tribunale di Parma del 2 Ottobre 2012, la giurisprudenza ha valutato la legittimità dei comportamenti del debitore alla luce dell'istituto dell'abuso del diritto.

In tutti i casi in cui ha riscontrato la sussistenza dell'abuso del diritto, la giurisprudenza ha attribuito rilievo:

- al fatto che il debitore aveva rinunciato alla domanda di cui all'art. 161, 1° c. l. fallim. e depositato la domanda di concordato con riserva con tempismo chirurgico; cioè in concomitanza con le udienze fissate per la discussione della revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. fallim., o dell'inammissibilità della domanda di concordato ai sensi degli articoli 162 e 179 l. fallim. (Pronuncia del Tribunale di Milano del 4 Ottobre 2012);

- al fatto che il debitore, durante il procedimento di concordato, mai si era premurato di modificare la domanda di concordato al fine di ovviare ai profili d'inammissibilità di quest'ultima individuati dal Tribunale o dal commissario giudiziale e comunque noti al debitore medesimo, dimostrando, però, particolare solerzia nel ricorrere allo strumento giuridico del concordato con riserva (Pronuncia del Tribunale di Monza del 15 Gennaio 2013 ²⁴⁸);

²⁴⁸ www.ilcaso.it: "La richiesta di termine per presentare domanda di pre-concordato, avanzata all'udienza collegiale fissata per l'eventuale declaratoria di inammissibilità della originaria domanda di concordato e nella quale il debitore è stato convocato per rendere conto dei profili di

- al fatto che, nonostante fosse stata depositata dopo l'esito negativo di una domanda di concordato piena e pendessero istanze di fallimento contro il debitore, la domanda di concordato con riserva formulata da quest'ultimo non conteneva alcuna minima indicazione circa il piano e la proposta che la società debitrice avrebbe avuto intenzione di presentare nel termine assegnato dal giudice (Pronuncia del Tribunale di Prato del 24 Aprile 2014).

Ad avviso dei giudici, tali evidenze dimostravano che lo scopo perseguito dal debitore non consisteva nel tentativo di perseguire una rapida composizione della crisi, ma solo nel cercare di paralizzare le istanze di fallimento proposte dai creditori, cercando di procrastinare *sine die* la propria dichiarazione di fallimento, e di beneficiare, in maniera estranea, della protezione di cui all'art. 168 l. fallim. dall'avvio o dalla prosecuzione di iniziative esecutive o cautelari nei propri confronti.

Solo la Corte d'Appello di Milano ha escluso la sussistenza dell'abuso del diritto, nella pronuncia del 21 Febbraio 2013, che è andata a riformare la decisione di primo grado resa dal Tribunale di Milano in data 4 Ottobre 2012. Più precisamente, ella ha riconosciuto, in astratto, l'operatività dell'istituto, ma ha poi escluso in concreto che questo si fosse verificato, perché il creditore istante per la dichiarazione di fallimento aveva raggiunto un accordo con il debitore e aveva deciso di desistere dalla propria istanza di fallimento. Per la Corte, quindi, il comportamento del debitore non comportava alcun pregiudizio per la controparte, per cui era da escludere che il beneficio perseguito dal debitore mediante il deposito della domanda di concordato con riserva fosse

inammissibilità (eventualmente modificando la proposta) e per l'eventuale e conseguente declaratoria di fallimento, integra uno sviamento dell'iter processuale idoneo a paralizzare ad libitum, in assenza delle condizioni di ammissibilità del concordato originariamente proposto, un eventuale istanza di fallimento del creditore, con conseguente ingiustificato pregiudizio della massa creditoria. (Nella fattispecie, la domanda di concordato era stata presentata nel periodo antecedente all'entrata in vigore del D. L. 83/2012 cd. Decreto Sviluppo, il quale ha introdotto rilevanti novità nella disciplina del concordato preventivo, tra cui la possibilità per il debitore di presentare la domanda di ammissione "con riserva" e di depositare successivamente il piano e la proposta)."

sproporzionato rispetto al pregiudizio subito dal creditore istante.

Questa peculiarità, sostiene però Fabio Macrì, non può essere considerata decisiva per escludere la sussistenza di un abuso del diritto per due motivi: in primo luogo, se è allo scopo perseguito dal soggetto agente che si deve guardare, l'atteggiamento della controparte è irrilevante, perché attraverso un'analisi più attenta, sarebbe emersa la volontà del debitore che non era quella di addivenire ad una rapida composizione della crisi, ma di procrastinare tale stato di crisi senza alcuna prospettiva di soluzione in tempi brevi; in secondo luogo, per verificare la ricorrenza dell'abuso del diritto, è necessario effettuare una comparazione tra gli opposti interessi del soggetto agente e della sua controparte. Nel fare questo la Corte d'Appello di Milano ha individuato come unica controparte il soggetto istante per la dichiarazione di fallimento, orientamento non condivisibile, dato che il comportamento del debitore, per effetto della pubblicazione del ricorso ai sensi dell'art. 161, 6° c. l. fallim. nel Registro delle imprese, finisce comunque per impedire ai creditori di far valere i propri diritti, mediante l'esercizio di azioni esecutive o cautelari, o di assumere validi titoli di prelazione.

Per Fabio Macrì, le considerazioni appena effettuate dimostrano come l'istituto dell'abuso del diritto abbia ancora contorni alquanto vaghi, per cui è auspicabile ricorrervi solamente quando non vi sia nessun altro principio normativo di più certa applicazione, o, addirittura, una norma di diritto che vieti il comportamento del debitore.

Tale tesi è contrastata da altri giuristi quali Andrea Penta²⁴⁹ e Luigi Amerigo Bottai²⁵⁰. L'istituto dell'abuso del diritto, nonostante certi contorni di vaghezza, sembra comunque consono ad inquadrare un eventuale utilizzo, da parte del debitore, dell'istituto del concordato preventivo con riserva al fine di paralizzare le istanze di fallimento, e non per giungere ad una composizione della crisi in tempi brevi.

²⁴⁹ A. PENTA "L'abuso dello strumento concordatario" in *Fallimento*, 2014, 1, 97.

²⁵⁰ L. A. BOTTAI op. cit.

3.2 *L'abuso del concordato preventivo con riserva.*

Del concordato preventivo con riserva, particolarmente gradita è stata l'anticipazione, al momento della registrazione della domanda, degli effetti protettivi dell'ammissione, al fine di preservare il debitore dalle iniziative dei creditori che non offrono alcuna collaborazione al risanamento dell'impresa.²⁵¹

Molto criticata, invece, è stata la previsione di una domanda senza piano e proposta, con la possibilità per il debitore di compiere atti di ordinaria amministrazione e di assumere iniziative che comportano l'insorgere di crediti prededucibili. Molti sono quindi coloro che vedono la presentazione della domanda di concordato in bianco come facilmente prestabile a facili elusioni e/o strumentalizzazioni.

Occorre, perciò, analizzare in quali momenti si possano annidare pericoli di abuso e quali siano gli strumenti a disposizione per eliminare, o quanto meno ridimensionare, tali pericoli, il tutto alla luce del principio per cui nel concordato preventivo con riserva, le condotte fraudolente del debitore, possono venire in rilievo secondo i principi generali dell'abuso del diritto.

In primo luogo, è necessario riportare un tema già precedentemente affrontato e cioè i rapporti con la procedura prefallimentare in itinere.

Non appare di per sé condivisibile l'orientamento risultante dalla pronuncia del Tribunale di Milano del 24 Ottobre 2012, per il quale, qualora il Tribunale dovesse ritenere inammissibile, per motivi di merito, la domanda di concordato preventivo piena presentata in pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento, sarebbe inammissibile la rinuncia alla predetta domanda, in funzione della proposizione di una nuova domanda di concordato preventivo con riserva, in quanto ciò realizzerebbe uno sviamento abusivo dell'iter processuale.²⁵²

²⁵¹ A. PENTA, op. cit.

²⁵² www.ilcaso.it: "Nel caso in cui l'impresa che abbia proposto domanda di concordato preventivo, dopo essere stata convocata dal tribunale sul presupposto dell'inammissibilità del

Parimenti, non merita adesione piena l'opposta tesi, emersa dalla pronuncia del Tribunale di Terni in data 18 Luglio 2012, per cui, in caso di contemporanea pendenza di una domanda di concordato e di un'istanza di fallimento, dovrebbe darsi precedenza alla prima e la seconda potrebbe essere valutata solo una volta respinta la domanda di concordato.²⁵³

A seguito della sentenza della Corte di Cassazione n. 18190 del 24 Ottobre 2012,

concordato, anziché rendere conto dei profili di inammissibilità eventualmente modificando la proposta, rinunci tout court alla domanda e contestualmente presenti un nuovo ricorso contenente altra domanda di concordato con riserva, si verifica uno sviamento abusivo dell'iter processuale, con conseguente ingiustificato pregiudizio del diritto del creditore alla declaratoria di fallimento. L'impresa ricorrente, infatti, calibrando i tempi necessari per la presentazione della prima domanda di concordato, per la revoca della stessa e infine per la presentazione della nuova domanda di concordato con riserva, da un lato mira a paralizzare l'istanza di fallimento del creditore e, dall'altro lato, ad evitare di rendere i chiarimenti e le integrazioni documentali di volta in volta richiesti dal tribunale a pena di inammissibilità della originaria domanda.

L'abuso del diritto è ravvisabile anche nell'area degli strumenti di composizione della crisi aziendale qualora gli istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi vengono deviati dalla loro funzione tipica, il che può verificarsi quando le facoltà riconosciute dal legislatore siano esercitate con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori, dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti dell'automatic stay.

L'articolo 160, legge fallimentare, nella parte in cui stabilisce che il trattamento riservato a ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, ha lo scopo di impedire la soddisfazione del creditore di grado successivo qualora non sia stato integralmente soddisfatto quello di grado precedente, salvo che siano utilizzate risorse finanziarie non provenienti dal patrimonio assoggettato al concorso che costituiscano apporti "neutri" di terzi estranei."

²⁵³ www.ilcaso.it: "In tema di rapporti e interferenze tra procedimento per dichiarazione di fallimento e domanda di ammissione a concordato preventivo, sulla scorta della più recente elaborazione giurisprudenziale, sembra doversi affermare che il tribunale possa precludere al debitore la facoltà (ampiamente riconosciuta ed oggi anzi incentivata dall'ordinamento) di coltivare la prospettiva concordataria, dando invece la precedenza all'istanza di fallimento proposta dal creditore (o dal p.m.), solo laddove la domanda di ammissione a concordato preventivo: a) non sia rituale e completa, ai sensi degli artt. 160 e 161, legge fallimentare; b) ovvero configuri una evidente forma di abuso dello strumento concordatario, anche attraverso condotte penalmente sanzionabili (ad es. bancarotta fraudolenta per distrazione, ex art. 216 n. 1, legge fallimentare, ovvero bancarotta semplice ex art. 217 nn. 3 e 4, legge fallimentare, per aver compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, ovvero aggravato il proprio dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento); c) ovvero pregiudichi definitivamente, e in concreto, una più proficua liquidazione fallimentare, in danno della massa dei creditori (ad es., per il consolidamento di un'ipoteca, o la prescrizione di possibili azioni di massa esperibili dal curatore, che venissero medio tempore a maturare). Non pare, invece, che il dato processuale della contemporanea pendenza dei due procedimenti consenta una dilatazione degli ordinari poteri di controllo del tribunale, in particolare quanto a fattibilità della proposta concordataria, né, tantomeno, una riesumazione dei poteri giudiziali di vaglio della meritevolezza e convenienza del concordato, secondo la originaria formulazione dell'art. 162, legge fallimentare."

si consente al Tribunale di trattare e decidere le istanze di fallimento anche qualora dovesse sopraggiungere il ricorso di concordato, per cui spetterebbe al giudice di merito la verifica in concreto fra l'interesse del debitore e quello sottostante alla dichiarazione di fallimento.

Come abbiamo già precedentemente visto, la sospensione è istituito che nel caso in esame non risulta affatto idonea.

Nell'ottica di un coordinamento tra i due procedimenti, si pone il problema di bilanciare i contrapposti interessi in gioco, e cioè quello del creditore di promuovere l'esecuzione concorsuale, e quello del debitore di accedere agli strumenti alternativi di soluzione della crisi, privilegiando l'istanza di fallimento nell'ipotesi in cui si configuri un evidente abuso dello strumento concordatario, o nel caso in cui si possano verificare danni irreversibili. Non si ritiene che sussista un diritto del debitore ad ottenere il differimento della trattazione, per consentire il ricorso a procedure concorsuali alternative, in quanto, altrimenti, egli sarebbe legittimato a continue interruzioni dell'istruttoria prefallimentare, dilatando, a proprio piacere, i tempi per la dichiarazione del suo fallimento.

A seguito, però, dell'introduzione del concordato preventivo con riserva, gli attuali commi 6 e 10 dell'art. 161 l. fallim. prevedono che, qualora dovesse pendere il procedimento per la dichiarazione di fallimento, il Tribunale non può concedere un termine maggiore di 60 giorni per il deposito del piano, della proposta e della relativa documentazione. Dato che non sembra che il Tribunale possa rigettare, in presenza dei presupposti necessari, la concessione del termine minimo, ecco che, a ben vedere, siamo di fronte ad una vera e propria ipotesi di sospensione necessaria della procedura prefallimentare. Da ciò deriverebbe che il debitore vanterebbe un diritto ad ottenere il rinvio dell'istruttoria fallimentare, a prescindere dal bilanciamento degli opposti interessi che sono demandati alla valutazione del Tribunale. Andrea Penta afferma come sia condivisibile la posizione della dottrina per la quale, in assenza della documentazione completa ex art. 161 l. fallim., il Tribunale non sia posto nelle condizioni di esprimere un giudizio sulla natura meramente dilatoria e strumentale della domanda. I rischi

che si annidano dietro una tale evenienza sono notevoli. Applicando i principi enunciati, dove la domanda di concordato preventivo con riserva venisse presentata in pendenza di procedimento prefallimentare con finalità dilatorie, il Tribunale dovrebbe dare prevalenza a quest'ultimo per evitare abusi o strumentalizzazioni.

Al di fuori dei delicati rapporti con l'eventuale procedura prefallimentare di cui abbiamo appena parlato, numerosi altri sono i rischi di abuso che si annidano nei meandri della delicata fase che si sviluppa tra il deposito della domanda di concordato in bianco e l'ammissione alla procedura a seguito del deposito della proposta, del piano e della documentazione.

Premesso che il Tribunale può concedere un termine che oscilla tra un minimo di 60 giorni ed un massimo di 120 (ovviamente con l'eccezione per l'ipotesi in cui sia contemporaneamente pendente una procedura prefallimentare, nel qual caso il termine va a coincidere obbligatoriamente con quello minimo), è evidente, come già precedentemente affermato, che in mancanza di richieste specifiche di maggior termine, o nel caso di richieste immotivate o non supportate da idonea documentazione, il collegio dovrebbe sempre concedere il termine minimo. Sostiene Andrea Penta, che la soluzione pratica preferibile sarebbe quella di indicare la data precisa di scadenza, contemplando 2 o 3 giorni aggiuntivi necessari alla cancelleria per procedere alle comunicazioni di sua competenza. Attraverso un'applicazione rigorosa del margine discrezionale residuo in capo all'organo giurisdizionale, soprattutto al cospetto di domande generiche e comunque tali da non porre tale organo nelle condizioni di scrutinare con prognosi postuma la bontà dell'iniziativa, dovrebbe ridurre notevolmente i pericoli di un uso strumentale del nuovo istituto. C'è da dire comunque che al momento si sta assistendo ad un'eccessiva larghezza nella concessione del termine, cosa probabilmente dovuta ad un non porsi il problema della necessità di conciliare gli interessi del debitore con quelli dei creditori e di coloro che, in genere, gravitano intorno all'impresa in crisi. Secondo Andrea Penta il pericolo si acuirebbe nel momento in cui si accoglie la tesi per la quale anche al concordato

con riserva sarebbe applicabile l'art. 162, 1° c. l. fallim., secondo cui il Tribunale potrebbe concedere al debitore un termine non superiore a 15 giorni al fine di apportare integrazioni, e alle stesse conclusioni si dovrebbe pervenire anche nel caso di accoglimento dell'istanza di proroga (che comunque non può superare i 60 giorni ai sensi dell'art. 161, 10° c. l. fallim.).

Il Penta continua, sostenendo che la chiara formulazione degli art. 153²⁵⁴ e 154²⁵⁵ c.p.c., accompagnata da un'interpretazione delle stesse norme nel rispetto della "ragionevole durata" del processo, porterebbero a condividere l'assunto che la differenza tra termini "ordinatori" e "perentori" risieda nella prorogabilità o meno dei primi, perché mentre i termini perentori non possono in alcun caso essere abbreviati o prorogati, neanche su accordo di parte, per quanto riguarda, invece, i termini ordinatori, al giudice è consentita, anche d'ufficio, la loro abbreviazione o proroga (però, sempre prima della scadenza). Quindi il solo rimedio per ovviare alla scadenza di un termine ordinatorio è quello della concessione della proroga, prima della sua scadenza, in quanto il decorso di detto termine non può non avere gli stessi effetti preclusivi della scadenza di un termine perentorio. Le prime pronunce che si sono occupate interamente del tema, hanno sostenuto la natura perentoria del termine, in considerazione della sanzione d'inammissibilità con la quale è colpita la sua inosservanza.

Anche se può non rappresentare la principale finalità per la quale viene presentata una domanda di concordato preventivo con riserva, è evidente che uno degli scopi che il ricorrente intende perseguire è quello di anticipare al momento della registrazione gli effetti dell'ammissione per preservare il debitore

²⁵⁴ Art. 153 c.p.c.: *"I termini perentori non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti."*

La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma."

²⁵⁵ Art. 154 c.p.c.: *"Il giudice, prima della scadenza, può abbreviare, o prorogare anche d'ufficio, il termine che non sia stabilito a pena di decadenza. La proroga non può avere una durata superiore al termine originario. Non può essere consentita proroga ulteriore, se non per motivi particolarmente gravi e con provvedimento motivato."*

dalle iniziative dei creditori che esercitano pressioni ostative e per evitare che i tempi tecnici di preparazione della proposta, del piano e della documentazione possano trasformare la situazione di crisi in un vero e proprio stato d'insolvenza. Tra gli effetti cosiddetti protettivi si ricomprendono, oltre al divieto di iniziative esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, anche l'inefficacia *ipso jure* (quindi senza necessità di promozione di un'azione giudiziaria di carattere revocatorio) rispetto ai creditori anteriori al concordato delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni che precedono la pubblicazione del ricorso.

Poiché il mancato rispetto del termine impedisce, ai sensi dell'art. 161, 9° c. l. fallim., la possibilità per due anni di ripresentare un nuovo ricorso di cui all'art. 161, 6° c. l. fallim., ma non di presentare un ricorso per l'ammissione ad una procedura di concordato preventivo piena, se la proposta di concordato e la relativa documentazione vengono proposti dopo la scadenza del termine appositamente concesso, la nuova domanda sarà pur sempre ammissibile, con la precisazione che gli effetti protettivi non potranno saldarsi con quelli prodotti dalla domanda di concordato preventivo con riserva, che quindi cesseranno. Se la documentazione non dovesse essere depositata neppure tardivamente, il ricorso sarà inammissibile e gli effetti protettivi anticipati vengono meno con efficacia *ex tunc*. Come già precedentemente affermato, se dovesse pendere contestualmente una procedura prefallimentare, nel caso di omessa o tardiva integrazione dell'originaria domanda, occorre dichiarare, purché in presenza dei presupposti necessari, il fallimento, anche al fine di evitare possibili abusi.

Colpisce la circostanza che potrebbe venirsi a creare, se il Tribunale dovesse concedere, prima il termine di 120 giorni e poi in sede di proroga quello di 60 giorni. Complessivamente si andrebbe a raggiungere quel termine di 6 mesi che l'art. 181 l. fallim.²⁵⁶ contempla, di regola, come *dies ad quem* entro cui, in una procedura ordinaria di concordato preventivo, dovrebbe intervenire il decreto di omologazione, cioè la chiusura della procedura. Quello che fa insospettare, non è

²⁵⁶ Art. 181 l. fallim.: *“La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'articolo 180. L'omologazione deve intervenire nel termine di sei mesi dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161; il termine può essere prorogato per una sola volta dal tribunale di sessanta giorni.”*

questa coincidenza, ma la perfetta equivalenza tra il periodo onnicomprensivo di 6 mesi, appena esaminato, ed il periodo sospetto previsto dall'art. 67, 2° c. l. fallim.²⁵⁷ per la revocatoria fallimentare degli atti cosiddetti normali. I giudici di legittimità hanno oramai consacrato il principio per cui agli effetti della cosiddetta consecuzione, cioè della considerazione unitaria della procedura di concordato preventivo, cui è succeduta quella di fallimento (che comporta, con riguardo alla revocatoria fallimentare, la retrodatazione al momento dell'ammissione del debitore alla prima di esse del termine iniziale del periodo sospetto), ciò che rileva non è la legittimità di tale ammissione, ma il fatto che un'ammissione vi sia stata ed una procedura di concordato sia iniziata, perché ciò impone di considerare la successiva dichiarazione del fallimento come conseguenza del medesimo stato d'insolvenza, già a fondamento dell'ammissione al concordato preventivo.

Nell'ipotesi in cui la proposta ed il piano non venissero depositati alla scadenza del termine massimo, il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile (dunque una vera e propria procedura concordataria non si sarebbe proprio aperta) e gli atti ordinari compiuti oltre il semestre dalla dichiarazione di fallimento (e quindi immediatamente a ridosso del deposito della domanda di concordato preventivo con riserva) non sarebbero più aggredibili con l'azione revocatoria fallimentare. Il legislatore, probabilmente, non avvedutosi dell'enorme rischio generato in questo modo, ha altresì introdotto un'ulteriore ipotesi di esenzione dalla revocatoria fallimentare per gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere dopo il deposito della domanda concordataria e fino al decreto di ammissione, rendendo così pressoché intangibili le predette operazioni.

Il rischio sarebbe maggiore, qualora si aderisse all'orientamento per cui il ricorso per concordato presentato in pendenza di istruttoria fallimentare sarebbe

²⁵⁷ Art. 67, secondo comma l. fallim.: *"Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento."*

soggetto alla sospensione feriale di 45 giorni dei termini processuali.

Alla luce di tutto ciò che abbiamo riportato, comprendiamo il perché, ad appena un anno dalla nascita del concordato preventivo con riserva, il legislatore sia andato ad intervenire sulla disciplina dell'istituto: al fine di evitarne, o quantomeno limitarne, un utilizzo abusivo.

Il "Decreto del Fare" è quindi intervenuto, modificando l'art. 161, 8° c. l. fallim., prevedendo la possibilità per il Tribunale di nominare il commissario giudiziale già nella procedura di concordato preventivo con riserva, e la necessità che il debitore, con periodicità mensile, depositi una situazione finanziaria dell'impresa, che entro il giorno successivo sarà pubblicata nel Registro delle imprese .

Ulteriore ambito d'intervento è stato poi il 6° c. dello stesso art. 161, in quanto si è andati ad aggiungere il periodo che prevede la necessità di allegare, insieme ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, anche un *"un elenco nominativo dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti"*.

Nel caso in cui l'attività compiuta dal debitore si rivelasse manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il Tribunale, anche d'ufficio, dovrebbe procedere ad abbreviare il termine già fissato.

Conclusioni.

Abbiamo quindi visto come il concordato preventivo con riserva, abbia visto la luce a seguito del successo e dei risultati positivi che l'istituto americano dell'*automatic stay* è riuscito a conseguire in ambito fallimentare.

Quest'ispirazione non ha colpito solamente l'ordinamento italiano, dato che hanno successivamente visto la luce la *procédure de sauvegarde* in Francia e la *Eigenverwaltung* in Germania.

Con riferimento all'ordinamento italiano, l'introduzione di tale particolare procedura, avvenuta con il D.Lgs n. 134/2012, ha consentito allo stesso di concretizzare quell'evoluzione di pensiero che aveva portato ad abbandonare la finalità liquidatoria che aveva caratterizzato, per tutto il periodo antecedente le varie riforme, la particolare branca del diritto fallimentare, abbracciando, come scopo principale del fallimento, la salvaguardia e la conservazione dell'attività dell'impresa e dei valori aziendali.

Attraverso il concordato preventivo con riserva si dà la possibilità al debitore di beneficiare per un periodo di tempo fissato dal tribunale, oscillante tra i 60 ed i 120 giorni, prorogabili per giustificati motivi di ulteriori 60 giorni, dell'impossibilità per i creditori di iniziare o perseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dello stesso debitore, semplicemente depositando e iscrivendo nel Registro delle imprese un ricorso in cui il debitore può anche solo dichiarare di voler ottenere una procedura di concordato preventivo, o la stipula di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fallim.

Tale tipo di concordato, viene quindi a presentare una scissione che non è presente nel modello principale di concordato preventivo: una prima fase necessaria di natura anticipatoria e tipicamente processuale (la richiesta di ammissione alla procedura), ed una seconda fase eventuale di natura sostanziale (il deposito della proposta concordataria e del piano destinata a realizzarla).

Al ricorso, dovranno essere allegati solamente i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei propri creditori con l'indicazione dei rispettivi

crediti.

Inoltre, come stabilito dall'art. 161, 7° c. l. fallim., fino al decreto di cui all'art. 163 l. fallim., il debitore potrà compiere liberamente gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli di straordinaria amministrazione necessiterà di un'apposita autorizzazione da parte del tribunale.

Potrà poi richiedere al tribunale competente, l'autorizzazione alla sospensione/scioglimento dei contratti pendenti (ex art. 169 bis l. fallim.), all'assunzione di nuovi finanziamenti (ex art. 182 quinquies, comma 1 l. fallim.), e al pagamento dei creditori pregressi (ex art. 182 quinquies, comma 4 l. fallim.), mentre il tribunale potrà nominare un commissario giudiziale che vigili sull'attività compiuta dal debitore durante la procedura, e dovrà porre a carico del debitore obblighi informativi periodici ai sensi dell'art. 161, 8 c. l. fallim.

Si comprende quindi l'importanza di questo nuovo istituto. Esso infatti consente all'imprenditore, molto semplicemente, di continuare a gestire la propria impresa, quasi come se si trovasse in condizione di assoluta normalità. Non di meno però può anche dare vita ad abusi, in cui lo scopo perseguito dal debitore non consiste nel tentativo di giungere ad una rapida composizione della crisi, ma solamente nel cercare di paralizzare le istanze di fallimento proposte dai creditori, cercando di procrastinare *sine die* la propria dichiarazione di fallimento, in modo tale da poter beneficiare, in maniera estranea, della protezione di cui all'art. 168 l. fallim., ovvero dall'avvio o dalla prosecuzione di iniziative esecutive o cautelari nei propri confronti.

Proprio per questo motivo, ad appena un anno dall'entrata in vigore dell'istituto si è reso necessario un intervento correttivo dello stesso. Infatti, una delle critiche maggiormente mosse nei confronti del concordato preventivo con riserva, era il fatto che questo prevedesse un'eccessiva autonomia del debitore, ed una forte limitazione del ruolo del tribunale, che perciò potevano portare ad un uso distorto dell'istituto.

Attraverso il D. Lgs. n. 69/2013 si è andati a modificare l'art. 161, 8° c. l. fallim., prevedendo la possibilità per il Tribunale di nominare il commissario giudiziale

già nella procedura di concordato preventivo con riserva, e la necessità che il debitore, con periodicità mensile, depositi una situazione finanziaria dell'impresa, che entro il giorno successivo sarà pubblicata nel Registro delle imprese .

E' stato poi modificato il 6° c. dello stesso art. 161, aggiungendovi il periodo che prevede la necessità di allegare, insieme ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, anche un *"un elenco nominativo dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti"*.

Ecco quindi che il nuovo istituto del concordato preventivo con riserva, può benissimo rappresentare uno strumento efficiente ed idoneo ad assicurare la salvaguardia dell'impresa in crisi, evitando fino al caso più estremo la sua liquidazione, ed al contempo, impedendo ai creditori di andare a subire un'ingiusta lesione dei propri diritti.

Come affermato da Massimo Belcredi e Lorenzo Stanghellini, questo nuovo istituto ha come conseguenza almeno tre aspetti positivi, in quanto *"La situazione dell'impresa emerge in tempi brevi e costringe tutti, debitore e creditori, a guardare in faccia la realtà di una crisi molto dura. Il debitore, inoltre, guadagna tempo, ma il suo patrimonio è bloccato a beneficio dei creditori. Infine il concordato in bianco ha la capacità di limitare la discrezionalità del Tribunale proprio perché dà alle imprese debitrice il diritto di godere di almeno 60 giorni di tempo per elaborare il piano."*²⁵⁸

²⁵⁸ <http://www.mysolutionpost.it/archivio/impresa/concordato-in-bianco-fallimento-liquidazione-professionisti.aspx>

BIBLIOGRAFIA

- ARATO M., *Il concordato preventivo con riserva*, Giappichelli, Torino, 2013.
- BALESTRA L., *Gli obblighi informativi ex art. 161, 8° c.*, Fallimento, 2013, 1, 99.
- BENAGLIA G., *Concordato con riserva e ruolo del collegio sindacale*, Fisco, 2013, 3, 373.
- BERTACCHINI E., *Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica vaghezza*, Contratto e impresa 2013, 2, 315.
- BOTTAI L., *Quale sanzione per la condotta ex art. 182 quinquies, comma 4, l. fallim.?*, Fallimento, 2014, 3, 299.
- BOZZA G., *Contratti in corso d'esecuzione nel concordato preventivo*, Fallimento, 2013, 9, 1121.
- CAMPOBASSO M., *Diritto Commerciale 1, Diritto dell'impresa*, 6° edizione, UTET, Torino.
- CAMPOBASSO M., *Diritto Commerciale 3, Contratti, Titoli di Credito, Procedure Concorsuali*, 4° edizione, UTET, Torino.
- CECCHHELLA C., *Il Diritto fallimentare riformato*, Il Sole 24 ore S.p.a., Milano, 2007.
- CECCHERINI E., *Il concordato preventivo con prenotazione*, Diritto fallimentare, 2013, 2, 316.
- DIDONE A., *La prededuzione dopo la legge n. 134/2012*, Fallimento, 2013, 8, 913.
- FABIANI M., *Poteri delle parti nella gestione della domanda prenotativa di concordato preventivo*, Fallimento, 2013, 9, 1051.
- FALCONE G., *Profili problematici del concordato con riserva*, Diritto fallimentare, 2013, 3-4, 392.
- FRASCAROLI SANTI E., *Concordato preventivo e creditori postergati*, fallimento, 2013, 7, 882.
- GIURDANELLA G., *La gestione ordinaria dell'impresa nella fase interinale del concordato preventivo con riserva*, Fallimento, 2014, 3, 345.
- LIBERO NOCERA I., *Finanziamenti prededucibili ex art. 182 quinquies*, Fallimento, 2013, 12, 1463.
- LO CASCIO G., *Il punto sul concordato preventivo*, Fallimento, 2014, 1, 7.
- MACRI' F., *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, Fallimento, 2014, 1, 13.
- NARDECCHIA G. B., *L'inammissibilità del concordato con riserva*, Fallimento, 2013, 8, 955.
- PAGNI I., *I rapporti fra concordato e fallimento, in pendenza dell'istruttoria fallimentare*, Fallimento, 2013, 9, 1075.
- PANZANI L., *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità del concordato*, Società, 2013, 5, 565.
- PENTA A., *L'abuso dello strumento concordatario*, Fallimento, 2014, 1, 97.

SALVATO L., *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, Fallimento, 2013, 10, 1209.

SANTI DI PAOLA N., *La Revocatoria Ordinaria e Fallimentare nel Decreto sulla Competitività*, Halley, 2006.

STANGHELLINI L., *Concordato con continuità aziendale*, Fallimento, 2013, 10, 1222.

VELLA P., *L'ammissione al concordato preventivo con riserva*, Fallimento, 2013, 1, 73.

BIANCHI M., *Le nuove modifiche alla legge fallimentare tedesca*, Contratti internazionali.

http://www.assorisparmiatori.it/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=39.

<http://www.terrallex.org/publication/pf7dfa93fb0/germany-modernizes-insolvency-laws>.

<http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx>.

WWW.ILCASO.IT.

Dedicato ai miei genitori, ai miei fratelli e a mia sorella, che hanno sempre approvato ed appoggiato le mie scelte; a Deborah che è sempre stata un sostegno anche nei momenti più difficili; a Jacopo, Francesco e Giuseppe, compagni di studi con cui ho condiviso la maggior parte di questo percorso; a tutti i miei amici oggi presenti che hanno reso più leggera anche le situazioni più difficili.